بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة العلوم الإسلامية العالمية

كلية الشريعة والقانون

قسم الفقه وأصوله

الضمان في عقود التبرعات في الفقه الإسلامي

"دراسة مقارنة"

The gurantee of donations contracts in Islamic juriprudece acomparative study

إعــداد الطالب

قاسم محمد حزم الحمود

إشراف الأستاذ الدكتور

يوسف علي غيظان

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله

1431هـ – 2010م

الضمان في عقود التبرعات في الفقه الإسلامي

"دراسة مقارنة"

قدمت هذه الاطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله

إعـــداد الطالب

قاسم محمد حزم الحمود

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د. يوسف علي غيظان.. مشرفاً ورئيساً

أستاذ الفقه في جامعة العلوم الإسلامية العالمية

أ.د. عبد الملك السعدي .... عضواً

أستاذ الفقه في جامعة العلوم الإسلامية العالمية

أ.د. قحطان عبد الرحمن الدوري .... عضواً

أستاذ الفقه في جامعة العلوم الإسلامية العالمية

أ.د. أحمد محمد السعد.. عضواً خارجياً

أستاذ الإقتصاد الإسلامي في جامعة اليرموك

د. محمود العواطلي.. عضواً

أستاذ مشارك في أصول الفقه في جامعة العلوم الإسلامية العالمية

نوقشت الرسالة بتاريخ 13 / 5/ 2010

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى معلم البشرية سيدنا محمد ﷺ

إلى كل من ساهم معي بقلب خالص.

إلى اللذين بذلا زهرة شبابهما من أجل أن يريا ثمرة

جهدهما--- إلى أبي وأمي .

إلى التي شاطرتني العناء من أجل أن أحقق غايتي

وطموحي--- زوجتي .

إلى قرة عيني في الحياة الدنيا --- أبنائي "

محمد،إبراهيم،خالد"

إلى إخواني وأخواتي .

إلى أختي" أم بلال "تغمدها الله عزوجل بواسع رحمته

ومغفرته

إلى أساتذتي الأفاضل، وكل من علمني الخير، وشجعني

لتحقيق غايتي .

الشكر

أتوجه بجزيل الشكر لجامعة العلوم الإسلامية العالمية؛ لما أولته من اهتمام بالنهوض بالعلم الشرعي .

وإلى الأستاذ الدكتور يوسف غيظان المشرف على رسالتي؛ وذلك لما بذله من جهد عظيم في نصحي، وإرشادي وتقديم العون، والمساندة في كل ما طلبته منه .

والشكر موصول إلى الأساتذة الأفاضل الدكتور عبد الملك السعدي والدكتور قحطان الدوري والدكتور احمد السعد والدكتور محمود العواطلي وذلك على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الأطروحة، وأسأل اللهّ عز وجل أن ينفعني بملاحظاتهم التي ستكون بإذن اللهّ تعالى محلاً للاهتمام والتقدير.

وإلى كل من كان له دور في إخراج هذا العمل؛ حتى يرى النور؛ لينتفع به أهل العلم و المعرفة .

الباحث

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الملخص

الضمان في عقود التبرعات في الفقه الإسلامي

"دراسة مقارنة"

إعــداد الطالب

قاسم محمد حزم الحمود

إشراف الأستاذ الدكتور

يوسف علي غيظان

تناولت في بحث الضمان في عقود التبرعات قضايا عدة في ثلاثة فصول :

الفصل الأول: بينت فيه حقيقة الضمان وشروطه وأركانه ، وكذلك صفة اليد ، هل هي يد أمانة أو يد ضمان مع شروطها وأحكامها، ومتعلقات ذلك .

وفي الفصل الثاني: بينت أحكام الضمان في عقود التبرعات اللازمة ، مثل الوقف وحكم الضمان في صور متعددة ، وعقد الكفالة ، وأنواعها وضمان الدرك ، وأراء الفقهاء بشكل مقارن ،والوقوف على الرأي الراجح بناءً على قوة الأدلة .

أما الفصل الثالث: فقد بينت فيه أحكام الضمان في عقود التبرعات غير اللازمة ، مثل العارية ، وأحكام الضمان فيها، وهل للمستعير أن يعير العارية ، أو يؤجرها ، وحكم نفقاتها .

وبحثت في هذا الفصل حكم الضمان في القرض الحسن ، ورده هل يكون بالمثل أو بالقيمة ؟ وبينت حكم الضمان في النقود الورقية، وضمان الهبة وذلك من خلال عرض آراء الفقهاء في مواطن الضمان في هذا العقد .

وبحثت في هذا الفصل حكم الضمان في الوصية ، وخصوصاً في حال اعتداء الورثة على الموصى به ، وفي حال استحقاق الموصى به ، وبينت حكم الضمان في الرهن المتبرع به ، ومتعلقات ذلك كله .

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وأصحابه الغر الميامين، ومن سار على نهجهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإن الله تعالى خلق الإنسان؛ ليكون خليفة في الأرض، وتتحقق الخلافة بعبادته لله تعالى، وعمارة الأرض، وهذا يعني أن للإنسان حاجات، ومتطلبات لا بد أن يلبيها؛ حتى يقوم بالغاية التي خلق من أجلها، ومعلوم أن الإنسان مدني بطبعه، فلا يستطيع أن يعيش بمفرده؛ لهذا فإن الله تعالى شرع التعامل بين الأفراد؛ لتلبية حاجاتهم، ومتطلباتهم، وتحقيق حاجات الإنسان يكون من خلال عقود متعددة، منها ما يقوم على أساس المعاوضة، ومنها ما يقوم على أساس التبرع المجاني بلا مقابل. والتبرع تكمن غايته بالتقرب لله تعالى،وإذا نظرنا في كتاب الله عز وجل، وفي سنة نبيه – صلى الله عليه وسلم – فإننا سنجد جملة من النصوص الشرعية التي تحث على التعاون ، والتضامن بين أفراد المجتمع الإسلامي الذي يدين لله تعالى بالوحدانية ،وينهج نهج نبيه – صلى الله عليه وسلم – ومن هذه النصوص ، قوله تعالى : " ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة"[1]. والحديث الذي رواه أبو هريرة– رضي الله عنه– من قوله – صلى الله عليه وسلم –: " والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه "[2]. وبما أن البحث سيكون في عقود التبرعات، فإنني سأقوم ببيان الضمان في هذه العقود إن شاء الله تعالى.

مشكلة الدراسة:

تكمن المشكلة في أن البعض يظن بأن عقود التبرعات لا ضمان فيها؛ وذلك لأن المتبرع لا يقصد الربح،والثراء من وراء تبرعه، والمتبرع له يكون قد ملك المتبرع به بلا مقابل؛ ولحل هذا الإشكال فإن الدراسة سوف تركز على البحث في عقود التبرعات وذلك ببيان أحكام الضمان في كل عقد على حدة من خلال عرض آراء الفقهاء مع الأدلة، والرأي الراجح بناءً على الدليل.

ومن هنا فإن جملة من الأسئلة تتعلق بهذا الموضوع لابد من الإجابة عليها؛ لتتضح صورة البحث بما يتعلق بأحكام الضمان في عقود التبرعات.

ومن الأسئلة التي أريد الإجابة عليها من خلال البحث ما يأتي :

1- ما مفهوم الضمان في الفقه الإسلامي ؟

2- ما عقود التبرعات التي سيجري فيها البحث؟

3- هل يجري الضمان في عقود التبرعات ؟

---

(1) سورة الحشر : الآية "9".

(2) ابن ماجه ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، بيروت– لبنان ، ج1، ص 82.

4- إذا ثبت الضمان في عقود التبرعات، فكيف يجري ذلك مع أنها تقوم على التبرع والإحسان للآخرين ؟

5- هل يثبت الضمان على الأمين بالشرط ؟

6- ما الفوائد التي ستترتب على بحث الضمان في عقود التبرعات ؟

7- ماذا يترتب على الحكم بعدم الضمان في عقود التبرعات ؟

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في أن عقود التبرعات لا يستغني عنها أحد في التعامل، ولا تنفك حاجة المجتمع عن التعامل بها، ولذلك جاءت هذه الدراسة لتبين لكل من يتعامل بهذه العقود مواطن الضمان حتى إذا ما دخل أي فرد في التعامل بعقد من هذه العقود دخل على بينة من أمره، وعرف ما له وما عليه.

أسباب اختيار الموضوع:

- الرغبة في بحث أحكام الضمان في عقود التبرعات بشكل مقارن عند أصحاب المذاهب الفقهية.
- لفت انتباهي عدم المعرفة عند كثير من الأفراد بأحكام عقود التبرعات ولا سيما ما يخص الضمان؛ فرغبت في البحث فيها من أجل إزالة الإلتباس عند البعض بما يخص أحكام هذه العقود.
- عدم وجود دراسة تضم أحكام الضمان في عقود التبرعات بشكل مستقل، فجاءت هذه الدراسة لإيجاد دراسة مستقلة تجمع مسائل الضمان في عقود التبرعات.

أهداف الدراسة ومبرراتها:

تهدف الدراسة إلى مايلي:

1- بيان حقيقة الضمان، وشروطه، وأركانه.

2- بيان الفارق بين يد الأمانة، ويد الضمان.

3- توضيح أحكام الضمان في عقود التبرعات.

4- ذكر أمثلة من الواقع عند بحث أحكام الضمان في كل عقد من عقود التبرعات .

الدراسات السابقة:

يعرض الطالب عينة من الدراسات السابقة ذات العلاقة بموضوع البحث مباشرة ،وكيف تختلف هذه الدراسة عن السابقة؟

من خلال البحث استطعت الوقوف على بعض المؤلفات في هذا المجال، ولكنها لم تتناول موضوع الرسالة بشكل مستقل، ومن هذه المؤلفات:

1- الضمان في الفقه الإسلامي: أسبابه ومجالاته في العقود- دراسة مقارنة ،على الصافي، النجف ، مطبعة الآداب .

عند النظر في هذا الكتاب وجدت بأنه تناول جملة من القضايا ، منها : الضمان مجالاته، وأسبابه، وتحدث عن أقسام اليد ، والإتلاف بالمباشرة والتسبب، وكذلك بحث في ضمان المنافع ، وحكم الضمان في التأمين . وبناءً على ذلك ،فإن البحث لم يختص ببيان حكم الضمان في عقود التبرعات بشكل مستقل.

2- ضمان المنافع دراسة مقارنة في الفقه والقانون، إبراهيم فاضل الدبو، عمان – الأردن ، دار عمار ، ط1، 1417-1997.

الكتاب يبحث في أقسام اليد ، والعمل الضار ، وحكم الضمان في الأعيان ، وضمان المنافع وماليتها، وضمان الحقوق ، وأركانها ، وأقسامها ، وقد بحث المؤلف الموضوعات السابقة بشكل مقارن في الفقه الإسلامي والقانون ، وبالنسبة لدراستي، فإنها ستتعلق ببحث الضمان في عقود التبرعات في الفقه الإسلامي بشكل مقارن .

3- الضمان في الفقه الإسلامي، على الخفيف، قسم الدراسات القانونية والشرعية ، 1973.

تكلم عن الفعل الضار، وشروط وجوب الضمان، وعن أسس التضمين في الفقه الإسلامي ، وتناول- بالإضافة لما سبق – بعض القضايا بالبحث ومنها : كفالة النفقة ، وضمان الديات والأروش، وآثار الكفالة ، ولم يركز بالبحث على عقود التبرعات التي هي جوهر الرسالة .

4- نظرية الضمان للدكتور وهبه الزحيلي، دمشق- دار الفكر، ط2، 1982.

تحدث عن الضمان بشكل عام، أي: أن البحث كان في نظرية الضمان، ومن القضايا التي ركز عليها في البحث شروط الضمان ، وأركانه ، وبحث في عقود الضمان ، وعقود الأمانات، و تناول جملة من القواعد الفقهية في الضمان، وبحث كذلك في الضمان في نطاق المسؤولية الجنائية، ولم يحصر البحث في جانب عقود التبرعات التي تعتبر جوهر الرسالة، والتي سأقوم ببحث أحكامها بمشيئة الله تعالى .

5- الضمان في عقود الأمانات دراسة تطبيقية معاصرة، أحمد حافظ، رسالة دكتوراة – الجامعة الأردنية ، 2002. وقد ركزت الرسالة على الضمان في عقود الأمانات، والتي يقصد منها الحفظ للشيء، وليس التبرع الذي يقصد منه التمليك بلا عوض ، هذا من جانب، ومن جانب آخر ركزت الرسالة على البحث في عقود أخرى غير العقود التي ساتناول البحث فيها- إن شاء الله تعالى – تجنباً للتكرار ، فالرسالة المذكورة ركزت البحث في العقود الآتية: (الوديعة، الوكالة، الشركة، والمضاربة، الإجارة، وضمان الوصي، وعامل المساقاة، والمزارعة).

وركزت الرسالة على التطبيقات المعاصرة من الودائع المصرفية، وسندات المقارضة.

6- نظرية الضمان الشخصي "الكفالة" محمد بن إبراهيم الموسى، وتناول هذا الكتاب نظرية الضمان الشخصي" الكفالة" على حدة من حيث بيان حقيقتها وشروطها، وأركانها، مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، وتناول طرق بطلان الكفالة بالدراسة المقارنة ،وبعض التطبيقات المعاصرة للكفالة، وبالنسبة لي فقد تناولت بعض الجزيئات من الكفالة التي يظهر فيها الضمان بما يخدم الموضوع ، والتي تعتبر جديرة بالبحث .

7- مدى تضمين يد الأمانة بالشرط، فهو بحث لنزيه حماد، بحث فيه أقسام اليد من حيث الأمانة والضمان، وحالات انقلاب يد الأمانة، إلى الضمان، وكذلك اشتراط الضمان على الأمين، وقد توسعت في البحث عما ورد ، وذلك بإيراد أمثلة، ونصوص فقهية تخدم الموضوع.

8- أحكام الضمان في العارية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي، والقانون لمحمد محي الدين إبراهيم سليم، وهو أستاذ في القانون المدني.

هذا وقد تناول العارية بدراسة قانونية ، ثم عرج على بحث الجانب الفقهي، ولكن بشكل غير موسع،أي: في الجانب الفقهي، أما دراستي فقد حاولت فيها الإلمام بأحكام الضمان في جزئيات العارية.

وإنني في هذه الرسالة سأركز اهتمامي- بعون الله تعالى ومشيئته- على الجوانب الآتية:

- بحث الضمان في عقود التبرعات بشكل مستقل عن بقية العقود الأخرى، بحيث تخرج الرسالة متخصصة في هذه العقود خاصة، ومن خلال البحث، والتتبع لم أجد أحدًا كتب في هذا الموضوع بشكل مستقل حسب علمي.
- التوصل إلى فوائد هذه الدراسة بما يعود نفعها على عقود التعامل بين الناس، ولا سيما عقود التبرعات، والتي تعد جوهر الرسالة.

منهجية البحث:

لقد كان منهجي في كتابة الرسالة يقوم على مايلي:

1- المنهج الاستقرائي القائم على تتبع الموضوع في مظانه، ومصادره الأصلية.

2- المنهج التحليلي وذلك من خلال الموازنة بين الآراء في المذاهب الفقهية والترجيح مستنداً إلى قوة الدليل.

3- الاعتماد في الرجوع إلى أمهات المصادر في البحث.

4- نسبة الآيات القرآنية الكريمة إلى اسم السورة، ورقم الآية.

5- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة من مظانها، وبيان اسم المصدر مع الجزء والصفحة، ورقم الحديث، ودرجة الحديث والحكم عليه عند أهله.

6- النظر في نصوص الفقهاء القدامى ومصطلحاتهم وبيانها بلغة العصر.

7- الدراسة المقارنة للموضوع في الفقه الإسلامي.

8- ربط الدراسة النظرية بالواقع العملي.

9- إعداد المصادر والمراجع التي اعتمد عليها الباحث.

10- إعداد الفهرس للمصادر والمراجع والآثار.

11- إعداد الفهارس للآيات والأحاديث النبوية الشريفة

12- إعداد الفهارس للألفاظ والمصطلحات.

خطة البحث:

قمت بتقسيم البحث إلى مقدمة، وثلاثة فصول، وخاتمة.

المقدمة: اشتملت على ملخص للموضوع، وبيان مشكلة الدراسة وأهميتها، وأسباب اختيار الموضوع، وأهداف الدراسة، والدراسات السابقة، ومنهجية البحث.

وبالنسبة لفصول البحث فقد اشتملت على ما يأتي:

الفصل الأول: حقيقة الضمان في الفقه الإسلامي، وعقود التبرعات

المبحث الأول: حقيقة الضمان وفيه المطالب الآتية

المطلب الأول: **معنى الضمان لغة واصطلاحاً وما يقاربه من ألفاظ**

المطلب الثاني: أركان الضمان وشروطه:

المبحث الثاني: حقيقة عقود التبرعات وفيه المطالب الآتية

المطلب الأول: معنى العقد لغة وصطلاحاً وأقسامه من حيث بدله:

المطلب الثاني : معنى التبرعات في اللغة والاصطلاح.

المبحث الثالث: صفة اليد في الفقه الإسلامي بين الأمانة والضمان وفيه المطالب الآتية

المطلب الأول: اليد في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني: أقسام اليد

المطلب الثالث: تحول اليد من الأمانة إلى الضمان

المطلب الرابع: حكم اشتراط الضمان على الأمين.

الفصل الثاني: الضمان في عقود التبرعات اللازمة

المطلب الأول: طريق ثبوت الملك في الهبة

المطلب الثاني: حكم الضمان في حال حكم القاضي بالرجوع بالهبة

المطلب الثالث حكم الضمان: في هبة المشاع

المطلب الرابع: حكم الضمان في الهبة في المسائل الآتية

المبحث الخامس، حكم الضمان في الوصية

المطلب الأول: حكم الضمان في الوصية في المسائل

المبحث السادس: ضمان الرهن إذا تبرع به غير المدين ." الاستعارة للرهن "

أما الخاتمة فقد اشتملت على النتائج والتوصيات

وفي الختام ،فإن كنت قد أصبت فبتوفيق من المولى جل في علاه ، ولله الحمد والمنة والفضل ، وإن حصل خطأ فإن الله تعالى لا يكلف نفساً إلا وسعها ، وإنني بشر ، والجهد البشري يعتوره من النقص ما يعتوره ، ولكن حسبي أني سألت المولى عزوجل أن يوفقني للإخلاص في كل كلمة أكتبها.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الفصل الأول

حقيقة الضمان وعقود التبرعات وفيه مبحثان:

المبحث الأول : حقيقة الضمان وفيه مطلبان .

المطلب الأول : معنى الضمان لغة واصطلاحاً وما يقاربه من ألفاظ

المطلب الثاني : أركان الضمان وشروطه

المبحث الثاني : حقيقة عقود التبرعات وفيه المطالب الآتية

المطلب الأول : معنى العقد لغة وصطلاحاً، وأقسامه من حيث بدله .

المطلب الثاني : معنى التبرعات في اللغة والاصطلاح.

المبحث الثالث : صفة اليد في الفقه الإسلامي بين الأمانة والضمان.وفيه المطالب الآتية .

المطلب الأول : اليد في اللغة والاصطلاح .

المطلب الثاني : أقسام اليد .

المطلب الثالث: تحول اليد من الأمانة إلى الضمان .

المطلب الأول : معنى الضمان لغة واصطلاحاً وما يقاربه من ألفاظ:

الضمان في اللغة:

من ضَمِنَ الشَّيء ضَماناً، أي: كَفَلَ به، وضَمَّنَهُ إياه، كَفّلَهُ، يُقَالُ: ضَمِنْتُ الشَّيءَ أضْمَنُهُ ضَمَاناً، فأنا ضَامِنٌ، وهو مَضْمُون، والضَّامنُ: الكَفيل، أو الملتَزِمُ، أو الغارِمُ، والضَّمانُ: الكَفَالةُ والالتِزَامُ، يُقَال: تَضَامَنُوا، أي: الْتَزَم كُلُّ واحدٍ مِنْهُم أن يُؤدِّيَ عن الآخرِ ما يَقْصُرُ عن أدائهِ(1).

وهذا المعنى ورد في القرآن الكريم بقوله تعالى:﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾(2).

فلفظ الزعيم الوارد في الآية الكريمة يعني الكفيل، أي: فله حمل بعير، وأنا به كفيل حتى إذا أتى بالصواع، أديت إليه ما تكفلت والتزمت به(3).

وورد المعنى السابق في السنة، وذلك بقوله ﷺ : "الزعيم غارم" (4). والزعيم هنا بمعنى الكفيل، وقد أشرت إليه فيما سبق عند بيان المقصود بلفظ الزعيم الوارد في الآية من سورة يوسف.

من خلال النظر في المعنى اللغوي للضمان نجد بأنه يرد بمعنى الكفالة، أي: التزام ما في ذمة الغير من حقوق، ويرد بمعنى التغريم، وذلك كضمان المتلفات، بأن يؤدي المرء شيئاً لزمه أداؤه.

الضمان في الاصطلاح:

تم تعريف الضمان عند الفقهاء القدامى والمعاصرين بما يأتي:

أولاً: عرفه الحموي من الحنفية بأنه : رد مثل الشيء الهالك، أو قيمته(5).

ثانياً: عرفه الغزالي في الوجيز بأنه: واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة. (1)

---

(1)ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت- لبنان، دار صادر ، ط1"1412-1992"، ج13، ص257، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب، بيروت- دار الجيل، ج4، ص245،إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ، طهران- المكتبة العلمية ، ط2، 1392-1972، ج1، ص546.

(2) سورة يوسف،الآية" 72".

(3)الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل آي القرآن،ضبطه :صدقي جميل العطار، بيروت- لبنان، دار الفكر، ، ط1415- 1995، ج13، ص27 ، العمادي ،أبو السعود محمد بن محمد بن مصطفى الحنفي، تفسير أبي السعود" إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم"، وضع حواشيه : عبد اللطيف عبد الرحمن ، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية ، ط1 ،1419-1999، ج3، ص415.

(4)البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، ضبطه :عبد السلام بن محمد علوش ،كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان، المملكة العربية السعودية- الرياض،مكتبة الرشد، ط1، 1425ه -2004م، رقم الحديث (11579)، ج6، ص113. جامع الترمذي، قال الترمذي:" حديث حسن غريب "، كتاب البيوع ، باب العارية مؤداة ،اعتنى به بيت الأفكار الدولية ،1994، رقم : "1265" ص 224.

(5) الحموي، أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية ، ط1، 1405-1985، ج3، ص 208.

ثالثاً: وجاء تعريفه عند المالكية في الشرح الكبير بأنه شغل ذمة أخرى بالحق(2)

رابعاً: وفي مغني المحتاج عند الشافعية الضمان هو: التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من عليه الحق، أو عين مضمونة(3)

خامساً: وجاء تعريفه في المغني عند الحنابلة بأنه: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام حق(4)

سادساً: تعريف الضمان من خلال مجلة الأحكام العدلية: تناولت مجلة الأحكام العدلية الضمان بالتعريف في المادة: (891) حيث نصت على أن الضمان:" إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات(*)، أو قيمته إن كان من القيميات(*)"(5).

سابعاً: ومن العلماء المعاصرين الذين جادت أقلامهم بتعريف الضمان الشيخ الزرقا ، حيث عرف الضمان بأنه: التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير(6).

بعد عرض التعريفات السابقة للضمان أجد أن تعريفات الحموي والغزالي، والمجلة متقاربة، وذلك في بيان ماهية الضمان ، وحقيقته، فهي تدور حول إلزام الشخص برد مثل الشيء لمالكه إذا كان له مثل ، وذلك في حالة استهلاكه،أو تلفه، فإن لم يكن من المثليات، أو كان ولكن لم يوجد له مثل في السوق، فيجب عليه أن يرد القيمة. وبالنسبة لتعريف الشرح الكبير، ومغني المحتاج، والمغني، فهي تتحدث عن الضمان بمعنى الكفالة وذلك بالتزام ما في ذمة الغير من حق.

---

(1)الغزالي، محمد بن محمد، الوجيز، ج1، ص 208.

(2)الدسوقي، محمد بن عرفه، حاشية الدسوقي، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1417هـ - 1996م، ج4، ص537.

(3)الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج، تحقيق، صدقي جميل عطار، بيروت، لبنان، دار الفكر، ط1، 1419هـ - 1998م، ج2، ص 269.

(4)ابن قدامة، أبو محمد عبدالله بن أحمد، المغني، الرياض، مكتبة الرياض الحديثة، ج4، ص 590.

* المثلي: ما يوجد له مثل في المتجر بدون تفاوت يعتد به ومنه العدديات المتقاربة التي لا يكون بينها تفاوت في القيمة، وكذلك الموزونات والمكيلات. بحيث يقوم بعضها مقام بعض. محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ، م 399، دار الآفاق العربية، ط1، 1424-2003، ص101، السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر،، تحقيق محمد المعتصم بالله البغدادي، بيروت - لبنان،دار الكتاب العربي، ط1، 1407-1987، ص576.

*القيمي : ما لا يوجد له مثل في المتجر ، أو يوجد ، ولكن تتفاوت في القيمة ، ومنها المعدودات المتفاوتة التي يوجد بينها وبين أفرادها تفاوت في القيمة ، مرشد الحيران ، المادة "م" " 399" ، ص101.

(5) مجلة الأحكام العدلية ، مادة 891، عمان- الأردن، مكتبة دار الثقافة، ، ط1، 1999 ، ص 102،علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام،تعريب فهمي الحسيني، بيروت- لبنان ،مكتبة النهضة، م"416" ج1، ص378.

(6) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام،دمشق، مطبعة طربين ،ط10، 1387- 1968، ج2،ص 1032.

أما بالنسبة لتعريف الزرقا للضمان، فمع وضوحه في بيان معنى الــضمان، وأنـــه التـــزام بالتعويض عن الضرر ، إلا أنه لم يفصل أنواع المال التي يجري فيها الضمان ، كما ورد التفصيل في تعريف الفقهاء ،والمجلة ، وذلك أن المال إما أن يكون مثلياً، أو قيمياً.

وبناءً على ما سبق إيضاحه يمكنني القول: بأن الضمان يعني: إلزام الــضامن بـــرد مثـــل الشيء المستهلك، أو التالف، فإن لم يكن له مثل، بأن كان قيمياً ،أو كان له مثل، ولكنه تعذر فعليـــه قيمته لمالكه؛من أجل تعويضه عما لحقه من ضرر .

من خلال النظر في التعريف السابق يلاحظ ما يأتي:

أولاً: أن الضمان يشمل نوعي المال، المثلي، والقيمي إذا تعرض للتلف ،أو الهلاك.

ثانياً: أن المثلي يضمن بمثله؛ لأنه أقرب إلى مقصود صاحب الحق، وهو أقرب للعدل.

ثالثاً: أن القيمي يضمن بقيمته إذا تعرض للتلف.

رابعاً: في حال عدم وجود المثل ،أو انقطاعه، أو ارتفاع سعره، فهنا يحكم بضمان القيمة.

خامساً: أن التغريم للضامن، والتعويض لصاحب الحق هو الصفة الرئيسة للضمان.

سادساً: أن الهدف من الضمان جبر الضرر الذي لحق بصاحب المال.

والصفة الرئيسة للضمان بالمعنى السابق أنه يحمل معنى التعويض ،والتغـــريم، وهـــذا مـــا يميزه عن الضمان بمعنى الكفالة ،والذي سأشير إليه في الصفحات القادمة إن شاء الله تعالى.

الأدلة على مشروعية الضمان بالمعنى السالف، أي: بمعنى التعويض، والتغريم.

قد اعتنى الإسلام بالمال عناية واضحة، وأحاطه بسياج من الحماية، لا سيما وأن المال يعد أحد الضروريات الخمس، والذي يختل نظام الحياة بفقدانه، أو التعدي عليه؛ لذا شرع الإسلام ضمان المال في حال الاعتداء عليه بالإتلاف، أو الاستهلاك، ومن خلال البحث في الضمان، وجدت جملـــة من النصوص الشرعية التي تعالج هذا الموضوع، ومنها:

أولا: قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ ﴾ (1).

وجه الدلالة:

(1)سورة البقرة،الآية "194".

وردت الآية في ضمان مثل الشيء المستهلك، أو المتلف؛ ولذا ورد قول الجصاص(*) في أحكام القرآن: "بأن الآية عموم في أن من استهلك لغيره مالاً كان عليه مثله، وذلك المثل ينقسم إلى وجهين، أحدهما مثله في جنسه، كالمكيل، والموزون، والمعدود، والآخر مثله في قيمته؛ لأن النبي ﷺ قضى في عبد بين رجلين أعتقه أحدهما، وهو موسر أن عليه ضمان نصف قيمته، فجعل المثل اللازم في الاعتداء هو القيمة"(1).والآية الكريمة السابقة تعد أصلاً في ضمان المثل، وهذا لا يحتاج إلى عناء في التفكير؛ لأن الآية الكريمة صرحت بوجوب الضمان، والجزاء بالمثل.

ثانيا: السنة :

1- عن أنس بن مالك -رضي الله تعالى عنه- قال:" أهدت بعض أزواج النبي - صلى الله عليه وسلم- إليه طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم-: "إناء مثل إناء، وطعام مثل طعام" (2). هذا الحديث يعد أصلاً في ضمان مثل الشيء إذا أتلف(3)، وهذا الحكم ورد من خلال أمر النبي ﷺ بضمان المثلية.

2- عن سمرة بن جندب - رضي الله تعالى عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- قال: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"(4).

(*) الجصاص ،أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص ، ولد ببغداد سنة خمس وثلاثمائة كان إمام الحنفية في عصره ، واستقر التدريس له ببغداد ، وانتهت الرحلة إليه ، وكان على طريق الكرخي في الزهد، والورع، وبه انتفع وعليه تخرج مات في سنة سبعين وثلاثمائة ، وله تصانيف منها : أحكام القرآن، وشرح مختصر الكرخي وشرح مختصر الطحاوي ، وكتاب في أصول الفقه .اللكنوي ، محمد عبد الحي ، الفوائد البهية في تراجم الحنفية اعتنى به أحمد الزعبي ، بيروت - لبنان ، دار الأرقم بن أبي الأرقم ، ط1 ،1418-1998، ص 53.

(1) الجصاص،أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، خرج آياته عبد السلام محمد شاهين ، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية ،ط2 ،1424-2003 ، ج1، ص،317 ،ابن عاشور، محمد الطاهر، التحرير والتنوير، تفسير ابن عاشور ، بيروت- لبنان ،مؤسسة التاريخ العربي ، ط1 ،1420-2000، ج2، ص207.

(2) البخاري ، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن بردزبه ، صحيح البخاري ،كتاب المظالم ، باب إذا كسر شيئاً لغيره ،بيروت- لبنان ، دار الكتب العلمية ، ط2 ، 1423 - 2002 ، رقم الحديث "2481"ج2،ص123، أبو داوود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داوود ،ضبط أحاديثه محمد محيي الدين عبد الحميد،كتاب البيوع، باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله، الحديث (3568) ، بيروت- لبنان ،دار الكتب العلمية، ج3، ص 298.قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، جامع الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء فيمن يكسر الشيء ، رقم " 1359" ص 238.

(3) ابن قدامة ، المغني ، ج5،ص239،الصنعاني ، محمد بن اسماعيل ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، علق عليه فوازأحمد زمرلي، إبراهيم محمد الجمل ، بيروت- لبنان ،دار الكتاب العربي ، ط12، 1420-1999،ج3، ص147 .

(4)ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ،كتاب الصدقات، باب العارية، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية ، ط بدون، ج2، ص802 ،الحديث "2400" ، الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، كتاب البيوع، باب العارية مؤداة، دار الفكر، ط3 ، 1398-1978، ج2، ص369، الحديث :"1284 " ، أبو داوود، سليمان بن الأشعث السجستاني،' سنن أبي داوود، كتاب البيوع، باب تضمين العارية ، "3561 " ، ج3، ص296 ، الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف، نصب الراية تخريج أحاديث الهداية، تحقيق أحمد شمس الدين، بيروت-

وجه الدلالة: يدل الحديث على وجوب رد ما قبضه المرء من ملك غيره، ولا يبرأ إلا بمصيره إلى مالكه ،أو من يقوم مقامه ؛ لقوله حتى تؤديه، وهو عام في الغصب، والعارية،والوديعة ،وهذا الحكم يثبت ما دام الشيء قائماً لم يتغير ، أما إذا أتلف، أو استهلك، فإنه يجب ضمان المثل إذا كان الشيء له مثل، فإن لم يكن له مثل وجبت قيمته، والحديث يعد أصلاً في ضمان كل ما يقبضه الإنسان من مال الغير (1).

وهنا لا بد من بيان أن الشيء الذي يعد أمانة لا يضمن إلا بالتعدي، أو التقصير، وهذا ما سأبينه في بحث الضمان في عقود التبرعات بمشيئة الله تعالى.

3- عن ابن عمر- رضي الله تعالى عنهما- قال: قال رسول الله- صلى الله عليه وسلم-: "من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق"(2).

وجه الدلالة: الحديث يعد أصلاً في ضمان الشيء بالقيمة، فالأشياء التي لا تتساوى أجزاؤها، وبنفس الوقت تتباين صفاتها، فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها، فكانت القيمة أولى(3).

وقبل الانتهاء من بيان حقيقة الضمان عند العلماء، وحتى تتم الفائدة ، فإنني أريد أن أورد في هذا الفصل أن الضمان ورد بمعنى الكفالة ، وهذا يتطلب بيان حقيقة الضمان بمعنى الكفالة ؛ للتمييز بين الضمان بهذا المعنى،وذلك بالتزام ما في ذمة الغير من حق، وبين الضمان بمعنى التغريم، وتعويض الغير عما لحقه من ضرر .

تعريفات العلماء للضمان بمعنى الكفالة :

1- الحنفية: عرفوا الضمان بأنه: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً(4)، أي: المطالبة بنفس، أو دين، أو عين، وهم يقصدون بالضم هنا ضم ذمة الكفيل (الضامن) إلى ذمة الأصيل، وهو المدين الأصلي، والذي ثبت الدين في ذمته.

لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1416-1996 ج4، ص406، ، الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: محمود مطرجي ،كتاب البيوع، " بيروت- لبنان، دار الفكر، ط 1422-2002،، ج2 ، ص179، رقم الحديث:" 2349،صححه الحاكم ، وقال: صحيح على شرط البخاري،ولم يخرجاه.

(1)الصنعاني، سبل السلام ، ج3، ص140 .

(2) مسلم ،أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب العتق، بيروت- لبنان، دار ابن حزم، ط1 1416-1995 ، الحديث " 1501" ،ج2، ص 920.

(3)ابن قدامة، المغني، ج5، ص239.

(4)الشيخ نظام، الهمام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ،ضبطه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية ، ط1، 1421-2001، ج3، ص248.

2- وعرفه المالكية بأنه: شغل ذمة أخرى بالحق[1].

3- أما الشافعية فقد ورد عندهم القول بأنه: "التزام ما في ذمة الغير من مال"[2].

4- والكفالة في النفوس عند الشافعية تعني التزام إحضار من عليه الحق[3]

5- وعرفه الحنابلة بأنه: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام حق[4].

وعند الحنابلة، ورد تعريف الكفالة في النفس بأنها التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي لربه وتنعقد بما ينعقد به الضمان[5]

والناظر في التعريفات السابقة يلاحظ أن الضمان ورد بمعنى الكفالة، وذلك بأن يلتزم الكفيل ما ثبت في ذمة المكفول عنه من مال، أو حق.

الألفاظ ذات الصلة بالضمان: (التصرف، الالتزام، العهدة)

التصرف: هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول، أو فعل، يرتب عليه الشرع أثراً من الآثار، سواء أكان في صالح ذلك الشخص كالبيع، وإحراز المباحات ،أم في غير صالحه، كالوقف، والوصية[6].

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن التصرف يشمل الأقوال ،كالنطق بالبيع ،والهبة، والأفعال، كإحراز المباحات، والاستهلاك؛ ولذا فإن التصرف يعد أعم من العقد، فكل عقد تصرف، وليس كل تصرف عقداً[7].

الالتزام: الالتزام في اللغة: من لَزِمَ الشّيء ثبتَ ودامَ، يقالُ: التزَمَ الشيء، أو الأمرَ أوجَبَهُ على نفسِهِ[1].

---

(1)الحطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، خرج آياته زكريا عميرات ، المملكة العربية السعودية، دار عالم الكتب ، ط خاصة، 1423 ه- 2003 م، ج7، ص30

(2)الهيتمي،أبو العباس أحمد بن محمد بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج،ضبطه عبدالله محمود عمر ، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية ، ط2، 1426- 2005،ج2، ص294، البغوي، أبي محمد الحسين بن مسعود بن الفراء، التهذيب، تحقيق :عادل عبد الموجود ، علي معوض، بيروت- لبنان ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1418-1997، ج4، ص170.

(3)الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص269.

(4)ابن قدامة، المغني، تحقيق محمد سالم محيسن، شعبان اسماعيل، مكتبة الرياض الحديثة ،1401-1981 ، ج4، ص590.

(5)النجدي، عثمان أحمد، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب،تحقيق : حسنين مخلوف، بيروت، الدار الشامية، ط2، 1410هـ - 1998، ص351.

(6)الزرقا،المدخل الفقهي العام ،دمشق ، مطابع الأديب ،ط9 ،1967-1968،ج1، ص288-289، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص83.

(7)الزرقا، المدخل الفقهي العام ، ج1،ص291.

الالتزام في الاصطلاح: عرفه الشيخ الزرقا، بقوله: "الالتزام كون الشخص مكلفاً بفعل، أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره"[2].

فإذا أتلف شخص مالاً لآخر، فإنه يتوجب عليه ضمان ذلك المال، وهذا الضمان يعد التزاماً يقع على عهدة المتلف؛ لمصلحة صاحب المال، والتكليف بالقيام بفعل يسمى التزاماً إيجابياً، كتكليف البائع بتسليم المبيع للمشتري، وضمان العيوب الخفية.

أما تكليف الشخص بالامتناع عن فعل، فيسمى الالتزام السلبي، كتكليف المودع بعدم استعمال الوديعة، وعدم التقصير في حفظها[3].

وعرف الزحيلي الالتزام بأنه : كل تصرف يتضمن إنشاء حق أونقله أو تعديله أو إنهاءه سواء أكان صادراً من شخص واحد كالوقف والإبراء والطلاق على غير مال ، أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال[4] .وهذا التعريف يعد أوضح من تعريف الزرقا ، حيث إنه شمل التصرفات الصادرة عن شخص واحد، وكذلك الصادرة عن شخصين ، بينما تعريف الزحيلي لم يتطرق لهذا التفصيل ، حيث إنه عبر عن التزام الشخص بالقيام بالفعل أو الامتناع عنه .

العهدةُ: العهدةُ في اللغة تطلق، ويراد بها: التَّبِعة، يقالُ: على فلانٍ في هذا عُهدةٌ لا خلاصَ منها، والعهدةُ في البيع ضَمَانُ صحةِ البيع، وسلامة المبيع[5].

العهدة في الاصطلاح: تطلق العهدة على ضمان الثمن للمشتري في حال استحقاق المبيع، أو إذا وجد فيه عيب[6].

وضمان العهدة يطلق في عرف الناس على ضمان الدرك، وهذا الضمان يسمى بضمان العهدة؛ لالتزام الضامن ما في عهدة البائع ورده[7].

هذا وقد أكد كل من الباجي[*]، وابن رشد حقيقة العهدة بأنها: تعلق المبيع بضمان البائع، وهذا الضمان إنما يكون في حال ظهور عيب في المبيع، أو كونه ظهر مستحقاً للغير[1].

---

(1)إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج2، ص 829– 830.
(2)الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص436.
(3)المصدر السابق،ج1، ص437.
(4)الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج4 ، ص 82–83..
(5)إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج2، ص640.
(6)ابن قدامة، المغني، ج4، ص596، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص273.
(7)ابن قدامة، المغني، ج4، ص597.

المطلب الثاني: أركان الضمان وشروطه.

من المعلوم أن الشيء لا يقوم على أرض الواقع إلا بتوافر أركانه التي يستند إليها، ويختل العقد باختلال ركن من أركانه التي يقوم عليها، وبما أنني أبحث في ضمان عقود التبرعات، فلا بد من بيان الأركان التي يقوم عليها الضمان؛ لكي تتضح صورة الدراسة في هذا المجال.

فالركن: ما يقوم به الشيء(2).

وعرفه زكي الدين شعبان من المعاصرين بقوله: "الركن ما توقف الشيء على وجوده وكان جزءاً من حقيقته، كقراءة القرآن في الصلاة، وكالإيجاب، والقبول في عقد الزواج، فإن كل واحد منهما ركن يتوقف وجود الزواج على وجودهما، وكل شيء لا يكون له وجود في نظر الشارع إلا بوجود ركنه"(3).

وبالنسبة لأركان الضمان فهي تتمثل بركنين ، هما :

1- الاعتداء أو الخطأ.

2- الضرر.ومن العلماء من يقول بركن ثالث وهو : شيء وقع عليه الضرر .

وحتى تتضح الدراسة في هذا الموضوع، سأقوم ببيان حقيقة كل ركن، وما يتعلق به، بحسب الترتيب السابق.

الركن الأول: التعدي

التعدي في اللغة من عدا عليه عَدْواً، وعَدَاءً وعُدواناً ، ظَلَمَهُ، ويعني كذلك: مجاوزة الحد(4).

وأما في الاصطلاح

(*) الباجي : سليمان بن خلف بن سعد ، فقيه أصولي محدث رحل إلى المشرق، فأقام في مكة ، ثم انتقل إلى بغداد ، وأقام في الموصل ، من تصانيفه التسديد إلى معرفة التوحيد ، شرح الموطأ في عشرين مجلداً، توفي سنة : 474ه،كحالة ، عمر ، معجم المؤلفين ، دار إحياء التراث العربي ، ج4، ص261.

(1) الشنقيطي، أحمد بن محمد المختار، مواهب الجليل من أدلة خليل،راجعه عبدالله إبراهيم الأنصاري ، بيروت- لبنان ،المكتبة العلمية ، ط1، 2004، ج3، ص310،ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص132-135، والذي تجدر الإشارة إليه أن ضمان الدرك ،العهدة، لا يختص بالثمن بل يجري هذا الضمان في المبيع، فيضمنه الضامن للبائع إذا ظهر الثمن مستحقاً للغير أو معيباً، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص273، نصت المادة (491) من مرشد الحيران:" على أن البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير ولو لم يشترط الضمان في العقد"، مرشد الحيران، محمد قدري باشا، ص122، والمادة (493):" يصح ضمان الثمن للمشتري معلقاً بظهور الاستحقاق"، ص122.

(2) التفتازاني، سعد الدين بن مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، ضبطه زكريا عميرات، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية ، ط1، 1416-1996، ج2، ص273.

(3) شعبان، زكي الدين، أصول الفقه الإسلامي، دار نافع للطباعة والنشر، ص209.

(4)ابن منظور، لسان العرب، ج15، ص33.

فالتعدي يعني: مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً ،أو عرفا،أوعادة[1].والتعدي بهذا المعنى يحمل في ثناياه معاني الظلم، والعدوان ،ومجاوزة الحق، وضابط التعدي يتمثل في" الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد"[2].

والمرء يضمن أموال الآخرين التي تلفت تحت يده، بغض النظر عن القصد،والأهلية، فمن أتلف مال غيره ضمنه، سواء أكان كبيراً، أم صغيراً،عامداً، أم مخطئاً[3]، ففي جميع هذه الحالات يجب الضمان على المتسبب في إتلاف مال غيره؛ من أجل جبر الضرر الذي لحق بصاحب المال؛ وبناءً على ما سبق، فإن معيار التعدي يعد معياراً مادياً* موضوعياً لا ذاتياً.

والضمان يجب على المعتدي سواء أكان الاعتداء بطريق إيجابي، أم سلبي[4]، فمن اعتدى على أموال الوقف بطريق الأكل، أو الإحراق، أو الإغراق، فإنه يضمن في جميع هذه الحالات، والاعتداء في الصور المذكورة يعد اعتداءً بطريق إيجابي، ولذلك فالتعدي بطريق إيجابي يعني الإتيان بفعل من شأنه إلحاق التلف بمال الغير .

ويضمن المعتدي أموال الغير إذا تعدى بطريق سلبي* فتلفت ، وذلك كما لو رأى شخصاً يعتدي على المال الموقوف، وكان قادراً على تخليصه، ولم يفعل حتى سرق، فإنه يعد ضامناً في هذه الحالة، وكذلك يضمن المستعير العارية إذا تم الاعتداء عليها ،وكان قادراً على رد المعتدين؛ لأن تركه لحمايتها مع القدرة يعتبر تعدياً بطريق سلبي.

وقبل الانتهاء من الحديث عن ركن الاعتداء في الضمان ،ارتأيت أن أبين حكم حالة الضرورة، والتي تلجئ الإنسان إلى تناول أموال الآخرين؛ من أجل سد رمقه، والحفاظ على حياته، فهذه الرخصة المشروعة للضرورة لا تعفي المضطر من ضمان المال الذي استهلكه، وضمان المال في هذه الحالة يعد تطبيقاً لقاعدة: "الاضطرار لا يبطل حق الغير"[5]. والسبب فيما سبق أن أموال

---

(1)فيض الله ، محمد فوزي ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ، الكويت ،مكتبة دار التراث ، ط1، 1403-1983،ص92.

(2)السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ،بيروت- لبنان، دار إحياء التراث العربي ، ط1،ج6،ص105.

(3)ابن جزي، القوانين الفقهية، ص218.

*المعيار المادي يتعلق بالجانب المالي ، وذلك أن من اعتدى على أموال الآخرين وجب عليه الضمان سواء أكان عامداً أم مخطئاً ، صغيراً أم كبيراً ، فيض الله نظرية الضمان ، ص93. والقول لا ذاتياً " أي دون النظر لطبيعة الشخص المتلف لمال غيره ، من حيث الصغر أو الكبر ، أو العمد أو الخطأ فيضمن في جميع الأحوال جبراً للضرر الذي لحق بصاحب المال.

(4)الزحيلي ، وهبة ، نظرية الضمان ، بيروت- لبنان ،دار الفكر ، ط 1418-1998، ص19.

*الطريق السلبي : ترك الحفظ والامتناع عن انقاذ الشيء من التلف أو الهلاك .

(5)مجلة الأحكام العدلية، مادة " 33"، عمان- الأردن، مكتبة دار الثقافة ، ط1 ،1999، ص12.

الآخرين مصونة بصيانة الشرع لها[1]؛ لما رواه أبو هريرة –رضي الله عنه – من قوله ﷺ : (كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه) [2].

الركن الثاني: الضرر.

والضرر يعني: إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق بالشخص، سواء أكان الضرر متعلقاً بماله، أم ببدنه، أم بشرفه، أم بسمعته [3].

والناظر في التعريف يلمس بكل وضوح أن الضرر الذي يلحق الإنسان من جراء التعدي ينقسم على قسمين: ضرر مادي، وضرر معنوي، "أدبي".

الضرر المادي: هو ما يلحق الإنسان في أمواله، وذلك عند الاعتداء عليها مما يؤدي إلى استهلاكها، أو إتلافها، أو تعييبها[4].

أما الضرر المعنوي: فهو الضرر الذي يلحق الإنسان في سمعته، أو عرضه، أو هيبته[5]. وبالنسبة لحكم الضمان في نوعي الضرر المادي، والمعنوي، فالضمان عن الضرر المادي متفق عليه بين العلماء؛ تعويضاً للناس عما يلحقهم من ضياع أموالهم.

أما الضرر المعنوي: فجمهور الفقهاء اكتفوا فيها بإيجاب عقوبة جنائية ، كحد القذف ثمانين جلدة ، وكذلك بالتعزير ، وهو عقوبة غير مقدرة شرعاً فوض الشرع أمر تقديرها للقاضي في كل جناية ، أو معصية لا حد فيها [6]، بينما ذهب بعض الحنفية إلى القول بالتعويض عن الأضرار المعنوية[7].

ولكن الراجح في هذه المسألة وجوب الضمان على كل من تسبب بإلحاق الضرر بغيره، سواء أكان الضرر يتعلق بالجانب المادي، أم بالجانب المعنوي؛ لأن هيبة الإنسان، وسمعته لا تقل

---

(1)الزحيلي، وهبة، نظرية الضرورة الشرعية ، بيروت، مؤسسة الرسالة ، ط3، 1402–1982،، ص305.

(2)ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الفتن، باب حرمة دم المؤمن وماله، الحديث (3933) ، ح2، ص1298، حديث صحيح ، ابن ماجه ، ص 422–423.

(3)الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) ، دمشق،مطبعة طربين ، ط10، 1387–1968، ح2، ص977،سراج ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، القاهرة، دار الثقافة ، ط 1410–1990 ص155.

(4)سراج، محمد أحمد، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، ص158.

(5 ابن عابدين ، رد المحتار ،ج6 ، ص120–122، فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ص92.

(6)، ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2 ، ص330، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج4 ، ص 193، ابن قدامة،المغني ،ج8، 215.

(7)السرخسي، شمس الدين، المبسوط، بيروت– لبنان، دار المعرفة ،ط3، 1406–1986، ج26، ص81.

أهمية عن ماله وقد تفوقه منزلة ومكانة؛ لهذا فإنني أرى الضمان عن الأضرار المعنوية ،كالضمان عن الأضرار المادية.

العلاقة السببية بين التعدي والضرر:

لا بد أن تكون هناك علاقة قائمة بين الاعتداء، والضرر، والأصل في العلاقة بينهما أن تكون علاقة سببية[1]، أي: أن التعدي يعتبر سبباً في إحداث الضرر؛ وذلك حتى يتم الحكم بالضمان. وعلاقة السببية بين التعدي،والضرر إما أن تكون بطريق المباشرة، أو بطريق التسبب.

فالمباشرة تعني: إيجاد علة التلف، كالقتل، والأكل، والإحراق[2].وكذلك إذا ضرب غيره ، أو جرحه فمات .

وورد تعريف الإتلاف مباشرة في المادة: (887) من مجلة الأحكام العدلية، ونص المادة: " الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر" [3].

أما السبب* فحده: إيجاد ما يحصل الهلاك عنده، لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة[4]. وذلك كمن حفر بئراً فوقع بها آخر فمات .

وعرفت مجلة الأحكام العدلية الإتلاف تسبباً في المادة: (888) والتي نصت: " على أن الإتلاف تسبباً يعني: إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، ويقال لفاعله متسبب " [5].

وبالنسبة للمباشر، فإنه يعد ضامناً لما أتلفه في جميع الأحوال، سواء أكان معتدياً، أم غير معتد، أما بالنسبة للمتسبب ،فلا يضمن إلا إذا كان متعدياً في فعله الذي أدى إلى الإتلاف[6].وهذا ما أكد بقاعدتين وردتا في مجلة الأحكام، القاعدة الأولى تتعلق بضمان المباشر، ونصها: (المباشر

---

(1)السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، ص90.
(2)الغزالي ، الوجيز ، ج1، ص205- 206.
(3)مجلة الأحكام العدلية ، مادة (887) ،ص101.
*السبب عند الأصوليين :كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفاً لحكم شرعي، البخاري، عبد العزيز بن أحمد ، كشف الأسرار ، بيروت لبنان دار الكتاب العربي ، ط3، 1417-1997، ج4، ص284 – 285.
(4)الغزالي ، الوجيز ، ج1، ص206.
(5)مجلة الأحكام العدلية ، م (888)، ص101.
(6)المصدر السابق، مادة (92)، ص14.

ضامن وإن لم يتعمد)[1]والقاعدة الثانية تتعلق بضمان المتسبب،ونـــصها: (المتـــسبب لا يـــضمن إلا بالتعمد)[2]. ويقصد بالتعمد هنا التعدي.

شروط الضمان:

قد اعتنت الشريعة بالمال عناية ملحوظة، وأولته الاهتمام، ويظهر ذلك من خلال النصوص الشرعية ،والقواعد المستقاة من أدلة الشرع، والتي تؤكد بمجموعها على حماية المال من أي صورة من صور الاعتداء عليه، ومن ثم إيجاب الضمان ،والتغريم على من أتلف مالاً لغيره، أو تسبب في إتلافه، ولكن هذا الضمان لا يجب، إلا بشروط حتى إذا فقدت أو فقد بعضها لم يجب الضمان .

شروط الضمان تتمثل فيما يأتي:

الشرط الأول: أن يكون الشيء الذي تم إتلافه مالاً[3]؛ وبناءً على هذا الشرط فـــلا يجـــب الـــضمان بإتلاف ما لا يعد مالاً، وذلك، كالميتة ،والدم، والكلب،والخنزير، وكذلك الـــشيء القليـــل الذي لا ينتفع به عادة، كحبة من القمح ،أو الأرز، أو غيرها.

فهذه الأشياء، وما شابهها لا تخضع للضمان، إما لنجاستها ،وعدم طهارتها- وبناءً على ذلك تفقد صفة ماليتها- وإما لقلتها، وعدم جريان العرف والعادة بالانتفاع بها.

وحتى تتضح الصورة عن الشرط الأول للضمان ارتأيت أن أبين حقيقة المال عند الفقهـــاء؛ لأن بيان ماهية الشيء، وحقيقته هي التي تميزه عن كل ما سواه.

المال في اللغة: من تَموَّلَ نما له مالٌ، وهو كلُّ ما يملكه الفرد من متاع، أو نقود" ذهـــب أو فضة" ،أو عروض تجارة ، أو عقار، أو حيوان[4]. لذا لم يسموا الطير في الهواء والسمك في الماء مالاً.

---

(1)المصدر السابق، مادة (92) ،ص14.

(2)المصدر السابق، مادة (93) ،ص14.

(3)الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: محمد عـــدنان درويـــش ، بيروت- لبنان ،دار إحياء التراث العربي ، ط3، 1421-2000، ج6، ص169 ، الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، .تحقيق: علي محمد معوض، والشيخ عادل عبد الموجود ، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1414-1994 ، ج5، ص13،الضرير، نور الدين أبي طالب عبد الرحمن بن عمر بن أبـــي القاسم بن علي بن عثمان، الواضح في شرح مختصر الخرقي، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله دهـــيش، بيـــروت- لبنان، دار خضر ، ط1، 1421-2000، ج2، ص426، الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج3، ص10.

(4) ابراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، المكتبة الاسلامية ، ج2 ، ص 892 .

ورد تعريف المال عند الحنفية ، والذي تم فهمه من خلال عباراتهم الفقهية ، وهو ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً معتاداً[1] .وهذا يعني أن المال لا يعد مالاً إلا بتوفر أمرين ، 1- إمكان إحرازه 2- إمكان الانتفاع به عادة .

أما إذا كان غير محرز ولا منتفع به ، ولكن من الممكن تحقق إحرازه والانتفاع به ، كالسمك في الماء فهو مال عندهم ، وما لا يمكن حيازته فلا يسمى مالاً وإن أمكن الانتفاع به ، كالذكاء والعلم والشرف ، وضوء الشمس والقمر ، وعليه فالمنافع لا تعد مالاً عندهم[2].

وكذلك ما يمكن حيازته لكن لا ينتفع به عادة ، كحبة شعير ، وقطرة ماء لا يسمى مالاً. والانتفاع بالعادة : أنه يجوز الانتفاع به على وجه السعة والاختيار في حال ما ، أي : دون الضرورة . أما ما جاز الانتفاع به في حال الاضطرار، فلا يعتبر منتفعاً به عادة .

وبالنسبة لجمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة [3]: فقد ذهبوا إلى أن المنافع أموال ، وليس بلازم إحرازه بنفسه ، بل يكفي أن يحاز بحيازة أصله ومصدره .

أما المالكية فقد عرفوا المال بأنه: ما أباح الشرع الانتفاع به، وكان طاهراً[4].وبناءً على ذلك يخرج من التعريف ما لا يباح الانتفاع به، كآلات اللهو،ويخرج أيضاً النجس، كالكلب،ويخرج المتنجس.

وعند الشافعية: يطلق اسم المال على ما له قيمة يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس[5].

وعبارة التعريف:" وتلزم متلفه" تشير إلى وجوب الضمان على من أقدم على إتلاف مال الغير.

وعند الحنابلة: يطلق المال على ما يباح نفعه مطلقاً، واقتناؤه بلا حاجة، أو ضرورة[6]،فخرج ما لا نفع فيه أصلاً، كالحشرات، وما فيه منفعة محرمة، كالخمر، وما فيه منفعة

---

(1)المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج3، ص42، شلبي ، المدخل إلى التعريف في الفقه الإسلامي ، ص330.

(2) شلبي ، المدخل إلى التعريف بالفقه الإسلامي ، 330.

(3)ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2، ص240،الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2، ص 386-387، ابن قدامة ، المغني، ج5، ص 292.

(4)الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص9.

(5)السيوطي، الأشباه والنظائر، ص533.

(6)ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي ، منتهى الإرادات، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي، بيروت- لبنان، مؤسسة الرسالة ، ط1، 1419-1999، ج2، ص254.

(6)البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع، بيروت ،عالم الكتب ، (1403-1983)، ج3، ص152.

مباحة للحاجة، كالكلب، وما فيه منفعة تباح للضرورة، كالميتة في حال المخمصة، وخمر لدفع لقمة يغص بها[1].

وبعد عرض التعريفات السابقة للمال يمكن تعريف المال بأنه: ما يحوزه الإنسان ويحـــرزه، وينتفع به انتفاعاً معتاداً من جهة الشرع.وهذا التعريف جاء جمعاً بين التعريفات الـــسابقة حيـــث إن الحنفية ذكروا الحيازة والانتفاع المعتاد، وكذلك الجمهور ورد عندهم قيد إباحة الانتفاع بالمال مـــن جهة الشرع .وفي الزمن الحاضر فإن بعض الأشياء التي كانت لا تعد مالاً أصـــبحت تعـــد مـــالا كضوء الشمس، وذلك باعتبارها من مصادر الطاقة .

الشرط الثاني: أن يكون الشيء المتلف متقوماً، وهو مـــا يبـــاح الانتفـــاع بـــه فـــي غيـــر حالـــة الاضطرار[2]؛ وبناءً على ذلك، فلا ضمان على من أتلف خمراً، أو خنزيراً، سواء أكان المتلف مسلماً، أم غير مسلم، وسواء أكان المتلف عليه مسلماً ،أم غير مسلم؛ وذلـــك أن المسلم لا يعد الخمر، والخنزير متقوماً في حقه، ولا يباح له الانتفاع به، وهذا ما ذهـــب إليه الشافعية، والحنابلة[3].

والدليل على حرمة التعامل بالأشياء السابقة على المسلم – وبالتـــالي لا ضـــمان عليـــه إذا أتلفها– مارواه جابر بن عبد الله –رضي الله عنه–أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله حـــرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام" [4]. وكل ما لا يحل بيعه، وأخذ ثمنه، فلا ضمان على مـــن أتلفه سواء أكان لمسلم، أم لذمي.

ووجه تحريم الخمر، والخنزير، وغيرهما من النجاسات على الذمي– وبالتـــالي لا ضـــمان على من أتلفها عليه– هو أن تحريم هذه الأشياء ثابت في حق كل من المسلم، والـــذمي، وخطـــاب النواهي يتوجه إليهما معاً، فما يثبت في حق أحدهما يثبت في حق الآخر[5].

أما الحنفية، والمالكية[1]، فقد ذهبوا إلى القول: بضمان الخمر، والخنزير إذا كان مملوكـــاً لذمي، فإذا أتلفه مسلم ،فإنه يتوجب عليه ضمان القيمة، أما إذا كان المتلف ذمياً، فعليه مثل ما أتلف،

---

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ص169،الأبياري محمد زيد، والسنجلفي، محمـــد ســـلامة، شرح مرشد الحيران، بغداد، مطبعة المعارف، ط2، 1375–1955، ج1،ص2.

(3)الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص385، ابن قدامة، المغني، ج5، ص299.

(4)البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب (112) بيـــع الميتـــة والأصـــنام، الحديث (2236) ج2، ص48.

(5)الضرير، الواضح في شرح مختصر الخرقي، دار خضر، ج3، ص72،ابن قدامة ، المغني،ج5،ص299.

وحجتهم فيما ذهبوا إليه، أن الخمر، والخنزير يعدان مالاً محترماً عند أهل الذمة، وأيضاً احتجوا بما حصل في عهد عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– وذلك أن أهل الذمة كانوا يمرون بالعاشر(*) ومعهم الخمر، فقال عمر: "ولوهم بيعها" وأمرهم أن يأخذوا عشر أثمانها. (2).

وبما أن عمر –رضي الله عنه– سمح لهم ببيعها ،فهذا يدل على أنها تعد مالاً متقوماً عندهم؛ وبناءً على هذا الرأي، فإن من أتلف منها شيئاً ضمن القيمة إن كان مسلماً، والمثل إن كان ذمياً.

الشرط الثالث: أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان عليه؛ وبناءً على هذا الشرط، فلا ضمان عن الإتلاف الذي تسببه البهيمة من ذات نفسها،ولم يفرط مالكها في حفظها(3)؛لأن فعل العجماء جبار، أي: هدراً، أما بالنسبة للصبي، والمجنون، فإذا أتلفا مالاً للغير ،فإنهما يضمنان، هذا وقد نصت المجلة في المادة: (916) على: "أن الصبي إذا أتلف مال غيره، فإنه يلزم بضمانه من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره، ولا يضمن وليه"(4).

الشرط الرابع: أن يكون في إيجاب الضمان فائدة، فلا ضمان على المسلم إذا أتلف مالاً لحربي، ولا على الحربي إذا أتلف مالاً لمسلم،وذلك في دار الحرب ، وليس في دار الإسلام* لأنه ليس لحاكم بلد سلطة أو ولاية تنفيذ الأحكام على رعايا بلد آخر حيث إن مال كل واحد منهما يعد هدراً، وليس محترماً بالنسبة للطرف الآخر، وكذلك لا ضمان على العادل إذا

---

(1)قاضي زاده ، شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، تكملة شرح فتح القدير، خرج آياته :عبد الرزاق غالب المهدي ،بيروت– لبنان، دار الكتب العلمية ، ط1، 1424–2003،ج9، ص364، السرخسي، شمس الدين، المبسوط ، بيروت– لبنان، دار المعرفة، ط2، ج11، ص53،الموصلي عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص10، القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة،تحقيق :محمد حجي ، بيروت– دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994،ج8، ص277. *العاشر هو : الذي يأخذ عشر البضائع التي تمر بالبلاد الإسلامية، الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ،ص58.

(2)أبو عبيد ، القاسم بن سلام ،الأموال،تحقيق: محمد خليل هراس، بيروت– لبنان ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1406–1986 ،ص532.

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج6، ص170،الندوي، علي بن أحمد، القواعد الفقهية، دمشق، دار القلم ، ط1، 1412–1991، ص240، الشوكاني، محمد بن علي بن محمد ،نيل الأوطار، المنصورة،دار الوفاء ، ط2، 1423– 2003،ج4، ص249.

(4)مجلة الأحكام العدلية ، المادة: (916) ، ص105 ، البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار، بيروت– لبنان ،دار الكتاب العربي ، ط3، 1417–1997، ج4، ص450.

- دار الإسلام : هي الأرض التي تحكم بالإسلام وتكون المنعة والقوة فيها للمسلمين .أبو عيد ، عارف خليل، العلاقات الخارجية في دولة الخلافة ، دار الأرقم ، ط2، 1410–1990، ص53.
- أما دار الحرب فهي : الأرض التي لا تحكم بالإسلام ولا تكون المنعة والقوة فيها للمسلمين .

أتلف مال الباغي[1]،ولا على الباغي إذا أتلف مال العادل[2]؛ لأنه لا فائدة في إيجاب الضمان؛ لعدم إمكان الوصول إلى الضمان؛ لعدم الولاية والسلطة[3].

الشرط الخامس: أن يكون الضرر محققاً بشكل دائم، أما إذا أعيد الشيء إلى الوضع السابق للضرر، فلا ضمان على من صدر منه الضرر، وذلك كأن نبتت سن الحيوان المغصوب في الفترة التي كان فيها تحت يد الغاصب؛ لأن الضرر أصبح كأن لم يكن، ويرد على المعتدي ما أخذ منه بسبب النقصان بعودة الشيء إلى وضعه الطبيعي، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة، بخلاف الصاحبين حيث ذهبا إلى القول: بأن الجاني يتحمل أرش الضرر كاملاً؛ لأن الجناية وقعت أما ما نبت ،وعاد فإنما يعد نعمة من الله تعالى[4].

(1)البغاة: هم من يخرجون عن قبضة الإمام بتأويل، ولهم شوكة ومنعة، ابن قدامة ، المغني ، ج8، ص 107.

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج6،ص171، الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج4، ص135، ص 152،ابن قدامة، المغني، ج8، ص113، ص433 ، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص376.

(3)الكاساني، بدائع الصنائع ،ج6، 171، الزحيلي ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ص62.

(4)السرخسي، شمس الدين، المبسوط، ج11، ص59، البغدادي،أبو محمد بن غانم بن محمد ، مجمع الضمانات، تحقيق : محمد سراج ، علي جمعة، القاهرة –دار السلام ، ط2، 1420- 1999، ج1، ص 387.

المطلب الأول: معنى العقد لغة واصطلاحا وأقسامه من حيث بدله:

العقد في اللغة:

نقيض الحل، وهو الشد، نقول: عَقَدَهُ يَعْقِدُهُ عَقداً، وعَقَدْتُ الحَبلَ، والبَيعَ، والعَهــدَ فانعَقَــدَ، والعَقدُ: العَهدُ، والجَمعُ عُقود، قال تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ [(1)].قال الزجاج: "أوفوا بالعقود"، خاطب الله تعالى المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم، والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض بما يوجبه الدين[(2)].

العقد في الاصطلاح:

للعقد في اصطلاح العلماء معنيان ، هما العقد بالمعنى العام ، والعقد بالمعنى الخاص .

العقد بالمعنى العام :

كل تصرف شرعي يفيد التزاماً، سواء أصدر عن إرادة منفردة، كالوقف، أم صــدر عــن إرادتين، كالبيع، والنكاح[(3)].

من خلال النظر في تعريف العقد بالمعنى العام نجد بأنه يشمل العقود الصادرة عن إرادتين اثنتين، كعقود المعاوضات المالية، حيث يلتزم كل من الطرفين تجاه الآخر بالتزامات يوجبها العقد، ويشمل أيضاً العقود الصادرة عن إرادة واحدة، كعقود التبرعات، من هبــة ،ووقــف، وغيرهمــا، والأخيرة، أي :عقود التبرعات ستكون مدار البحث بمشيئة الله تعالى.

---

(1) سورة المائدة،الآية" 1".

(2)ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب،ج3، ص296، 297، الفيرز آبادي ، القاموس المحــيط، ج1، ص327.

(3)البخيت، محمود عبد الله سليم، فسخ العقد وآثاره في الشريعة الإسلامية والقانون ،المكتبة الوطنية ،ص9، سراج ، محمد، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهــة الفقــه الإسلامي،الاســكندرية ، دار المطبوعــات الجامعية، 1998، ص12، ، الزحيلي، وهبة، الفقــه الإســلامي وأدلتــه ،دمــشق- دار الفكــر، ط3، 1409-1989،ج4، ص 80. شلبي ، المدخل إلى التعريف بالفقه الإسلامي، ص413، بدران ، أبو العينين ، تاريخ الفقــه الإســلامي ونظريةالملكيــة و العقــود ،دار النهــضة العربيــة ، 365-366، الزحيلــي، الفقــه الإســلامي وأدلته،ج4،ص80.

والعقد بالمعنى العام هو ما شاع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ، وهو ماعليه بعض علماء الحنفية، وقد تبين لي ذلك من خلال البحث في تفسير الجصاص، وذلك عند تفسيره للآية الأولى من سورة المائدة، والتي تتحدث عن العقود، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[1].

قال أبو بكر الجصاص من علماء الحنفية عند تفسيره للآية السابقة: "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه؛ لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان والعقود، عقود المبايعات ونحوها، فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه،وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظراً مراعىً في المستقبل من الأوقات، فيسمى البيع والنكاح، والإجارة، وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل ،أو ترك، وكذلك العهد والأمان؛ لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها، وكذلك كل شرط شرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، والنذر يعتبر عقداً؛ لأن الناذر ملزم نفسه ومؤكد على نفسه أن يفعله، أو يتركه"[2].

فالكلام السابق، والمنقول عن أبي بكر الجصاص يشير بكل وضوح إلى المفهوم العام للعقد، فالناظر في النص المذكور آنفاً يلحظ بسهولة بأن النص يشمل العقود التي تبرم بإرادة واحدة، والعقود التي تتم بإرادتين، وهذه حقيقة العقد بالمفهوم العام، وهذا ما أشرت إليه سابقاً.

العقد بالمعنى الخاص: هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه[3]. وتعريف العقد بمعناه الخاص هو ما عليه الجمهور، ويظهر ذلك من خلال تتبع نصوص، وعبارات الفقهاء ،ومنها:

ما جاء في تبيين الحقائق من مصنفات الحنفية، وذلك عند تعريف عقد البيع، ونص العبارة: " البيع يلزم بإيجاب وقبول"[4]. وورد القول في بلغة السالك من مصنفات المالكية قريباً من القول السابق، ونصه: " البيع عقد معاوضة، ولا يكون العقد إلا بين اثنين، إيجاب وقبول"[5].

---

(1)المائدة:الآية" 1".

(2)الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، ضبطه عبد السلام محمد شاهين ت(370هـ)، بيروت- لبنان ، دار الكتب العلمية ، ط2، 2003-1424، ج2 ، ص370-371.

(3)محمد قدري باشا، مرشد الحيران ، م" 262، دار الآفاق العربية، ط "بدون "، 1424-2003، ص65.

(4)الزيلعي،فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق،تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية ، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية ، ط1، 1420- 2000، ج4، ص276.

(5)الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك ، ج3، ص4.

وجاء في روضة الطالبين من مصنفات الشافعية، وذلك عند بيان أركان البيع، ومنها الصيغة،ونص العبارة : " الصيغة هي الإيجاب من جهة البائع ،والقبول من جهة المشتري"[1].

أما عند الحنابلة، فقد جاء في المغني ما نصه :" البيع على ضربين أحدهما الإيجاب والقبول"[2]. وهذا القول يعني: بأن البيع ينعقد، ويتم بالإيجاب، والقبول.

من خلال استعراض النصوص الفقهية السابقة، تبين أن العقد بالمفهوم الخاص لا يخرج عنها؛ ولهذا أوردت نصوصاً تمثل العقد بمعناه الخاص في المذاهب الأربعة؛ لتأكيد ما أشرت إليه بأن المعنى الخاص للعقد هو ما عليه الجمهور، مع أنهم اختلفوا في بعض عناصر التعريف، وهذا ما سأشير إليه لاحقاً إن شاء الله تعالى.

بيان التعريف:-

بعد بيان حقيقة العقد بالمعنى الخاص تبين لي أنه يتكون من عدة عناصر:

أولاً:الإيجاب والقبول ، ويشمل ما يأتي :

1- وجود طرفين، أحدهما يسمى موجباً ،والآخر يسمى قابلاً، وهنا لا بد من بيان ماهية الإيجاب، والقبول ،كركن أساسي في العقد، فالإيجاب: هو ما يذكر أولاً من كلام أحد المتعاقدين، أما القبول: فهو ما يذكر ثانياً من كلام الطرف الآخر[3].وهذا التعريف للإيجاب، والقبول هو ما ذهب إليه الحنفية.

أما الجمهور فكان تعريفهم مختلفاً عن الحنفية، فالإيجاب عندهم: ما صدر من المالك حتى ولو صدر متأخراً، والقبول ما صدر من المتملك، ولو صدر أولاً[4].فالمالك من يحصل منه التمليك، أما المتملك فهو من يصير إليه الملك.وهنا لا بد من الإشارة إلى شروط الإيجاب والقبول ، وهي وضوح دلالة الإيجاب والقبول ، تطابق الإيجاب مع القبول ، اتصال القبول مع الإيجاب [5].

---

(1)النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ،السعودية- دار عالم الكتب ،ط خاصة ،1423ه-2003م، ج3، ص4.

(2)ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني ، الرياض، مكتبة الرياض الحديثة، ج3، ص561.

(3)الحصكفي، محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عبد المنعم إبراهيم ، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية ، ط1، 1423-2002، ص394، مجلة الأحكام العدلية، ، المواد (101+102) عمان- الأردن، مكتبة دار الثقافة ، ط1، 1999، ص15.

(4) الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج5، ص264، الشر بيني، مغني المحتاج، ج2، ص4، ابن قدامة، الكافي،تحقيق : محمد حسن الشافعي ، بيروت- لبنان ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1421-2001، ج2، ص3 ،.

(5)ابن تيمية ،أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ،نظرية العقد،بيروت- لبنان،دار المعرفة ،ص168-169 ،ابن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية ، بيروت- لبنان ، دار القلم، ص164، علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية ،تعريب المحامي فهمي الحسيني ، بيروت، مكتبة النهضة ، المادة (104)ج1، ص92

2- ثبوت أثر العقد في محله، وهذا يحصل في حال ارتباط الإيجاب بالقبول، والأثر الذي أتحدث عنه يتمثل في خروج الشيء من حالته الأولى إلى حالة أخرى.

ففي عقد البيع تخرج السلعة، أو المبيع من ملك البائع، وتدخل في ملك المشتري، والثمن يخرج من ملك المشتري، ويدخل في ملك البائع، وأثر العقد الذي يترتب على ارتباط الإيجاب بالقبول هو ما يعبر عنه الفقهاء بحقوق العقد [1].

ثانياً:العاقدان: إن الإيجاب والقبول لا يتصور وجودهما من غير وجود العاقد ، فالعاقد ركيزة التعاقد الأصلية ، ولكن ليس كل عاقد صالحاً لإبرام العقود ، فالبعض يصلح لإنشاء بعض العقود ، والبعض لا يصلح لإبرام عقد ، وآخرون صالحون لكل عقد ، وبالتالي فإن العاقد لابد له من أهلية للتعاقد*بالأصالة عن نفسه ، أو ولاية شرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره[2] .

2- محل العقد[3]. وينبغي أن يكون مشروعاً، والسبب في ذلك أن كل شيء في الإسلام مقيد بالشرع، فما شرعه الإسلام من العقود، ترتبت آثاره عليه، وينبغي على طرفي العقد الوفاء بالالتزامات المترتبة على كل واحد منهما، كالالتزامات المترتبة على البائع ،والمشتري في إبرام عقد من عقود المعاوضات المالية، كالعقد المتمثل ببيع سيارة، أو قطعة من الأرض.

وهذا الشرط ليس مقتصراً على عقود المعاوضات، بل يشترط أيضاً في عقود التبرعات، فلا يصح أن يتم عقد من عقود التبرعات على محرم؛ وبناءً على ذلك ،فإنه يحرم على الواهب أن يهب لغيره مزرعة خنازير، أو أي شيء حرم الإسلام الانتفاع به.

وقبل الانتهاء من الحديث عن تعريف العقد لا بد من الإشارة إلى أن العقد بمعناه الخاص هو المشهور، والشائع عند إطلاق لفظ العقد، وهو ما يعنيه العلماء عند حديثهم عن نظرية العقد،

---

(1)الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2، ص 4-9 .

(2)الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج4 ، ص 114، زيدان ، عبد الكريم ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، ط10، 1408 -1988، ص261. والأهلية : صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له وعليه .

(3)الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص15، ابن قدامة، الكافي، تحقيق محمد حسن الشافعي،بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية ، ط1، 1421-2001، ج2، ص4 ، الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج3، ص9، أحمد فراج، المدخل للفقه الإسلامي ، بيروت- لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية،(2002)، ،ص390 ، الشافعي، أحمد محمود ، الملكية والعقد في الفقه الإسلامي،(1415- 1995)، ص126.ويشترط في محل العقد بالإضافة لما سبق ، أن يكون موجوداً وقت التعاقد ، أن يكون معروفاً للعاقدين ،أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد .مغني المحتاج ،ج2 ، ص15 -22.

وهذه النتيجة لمستها من خلال تتبع حقيقة العقد في مؤلفات الفقهاء التي بحثت موضوع العقود بشكل دقيق ومستفيض.

المطلب الثاني: معنى التبرعات في اللغة والاصطلاح:

التبرع في اللغة: يقال تَبرَّعَ بالعطاءِ، أعطى من غيرِ سؤالٍ، وتفضَّل بما لا يجــبُ عليــه، غيرَ طالبٍ عوضاً[1].

التبرع في اصطلاح العلماء: ما كان التمليك فيه من غير عوض، أو مقابل[2].

وهذا التعريف للتبرع تمت صياغته بهذا الشكل من خلال الفهم لحقيقــة عقــود التبرعــات كالهبة، والعارية، هذا وإن كانت بعض العقود تبدأ تبرعاً محضاً، وتنتهــي معاوضــة، كــالقرض، والهبة بعوض، والكفالة، إلا أنني في التعريف السابق إنما عنيت التبرع المحض.

وحتى تتضح الصورة للتعريف السابق ذكره للتبرع، ارتأيــت أن أورد بعــض نــصوص الفقهاء، والتي توصلت من خلالها لتعريف عقود التبرعات، ومن هذه النصوص:

ما جاء في الهداية عند الحنفية، ونصه: " العاريةهي تمليك المنافع بغير عوض"[3]*.

وما جاء في بلغة السالك عند المالكية بأن العارية :" تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض"[4].

وما جاء في مغني المحتاج عند الشافعية في تعريف الهبة بأنها: "تمليك بلا عوض" [5].

وعند الحنابلة ورد تعريف الهبة، والصدقة بأنهما: "تمليك في الحياة بلا عوض"[6].

وعرف ابن حزم العارية بقوله: "إباحة منافع بعض الشيء، كالدابــة للركــوب، والثــوب للباس"[7].

---

(1)إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، ص49.

(2)الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص361، ابن قدامة، المغني، ج5، ص649، محمــد رواس ، الموســوعة الفقهيــة الميسرة ، ج1، ص407.

(3)المرغيناني، ج3، ص220.* عند بعض الحنفية الهبة تعني إباحة المنافع ، المصدر السابق ، ج3 ، ص220.

(4)الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص361.

(5)الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص537.

(6)ابن قدامة، المغني، ج5، ص649.

(7)ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، تحقيق أحمد شاكر، بيروت_ لبنان، دار إحيــاء التــراث، ط1، 1418-1997، ج10، ص76.

تعريف الموسوعة الفقهية الكويتية للتبرع:

عرفت الموسوعة الفقهية التبرع بكونه: بذل المكلف مالاً، أو منفعة لغيره في الحال، أو المآل، بقصد البر، والمعروف غالباً[1].

فالناظر في تعريف الموسوعة الفقهية للتبرع يجد وبكل وضوح بأنه قد وفى بحقيقة التبرع، وهذا ما سأبينه من خلال عرض عناصر التعريف.

فعند القول في بداية التعريف بأنه: "بذل مكلف"، يخرج بذلك غير المكلف؛ لأنه ليس أهلاً للتبرع، فلا يصح التبرع من المجنون، أو الصبي، وكذلك المحجور عليه مع أنه مكلف؛ لأن تبرعهم يؤدي إلى الإضرار بهم، أو بغيرهم، كالمحجور عليه لمصلحة الغرماء.

وكون محل التبرع مالاً: يخرج بذلك كل ما لا يعد مالاً في نظر الشرع، كالميتة، والخنزير، والدم.

وكون محل التبرع منفعة: هذا يعني أن التبرع كما يصح بالأعيان، فكذلك يصح بالمنافع، ولا سيما أن المنافع تعد أموالاً عند الجمهور، بخلاف الحنفية[2].

أما كون التبرع حالاً: فهو إشارة إلى التبرعات التي يتم فيها التمليك في الحال، كالهبة والقرض، والوقف، والعارية، مع أنه يوجد خلاف بين الفقهاء حول التملك من خلال هذه العقود، هل يتم بمجرد العقد، أو بعد القبض؟ هذا ما سأبينه -بمشيئة الله تعالى- عند الحديث عن الضمان في عقود التبرعات.

أما التبرع في المآل: ففيه إشارة إلى الوصية؛ لأن الموصى به لا تنتقل ملكيته إلى الموصى إليه إلا بعد موت الموصي.

وكونه بقصد البر والمعروف: فالأصل أن التبرع يكون محضاً، أي :بلا عوض، ولا سيما أن المتبرع يبدأ بهذا العمل من ذات نفسه، ولا ينتظر مقابلاً لما قدم ،ولكن مع ذلك، فإن بعض عقود التبرعات، تبدأ تبرعاً، وتنتهي معاوضة، كالقرض.

أما القول غالباً؛ لأنه في الأغلب أن عقود التبرعات تكون مجانية بلا عوض، ولا مقابل، مع أن بعض عقود التبرعات وإن بدأت تبرعاً، إلا أنها تنتهي بالمعاوضة، وهذا ما أشرت إليه قبل قليل.

---

(1)وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية، الكويت _مطابع دار الصفوة ، ط4، 1414-1993، ج10، ص65.
(2)الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص77.

:

المطلب الأول: اليد في اللغة والاصطلاح.

اليد في اللغة:

تطلق اليد في اللغة، ويراد بها: القُوةُ، والقُدرةُ، والنعمةُ، والسلطانُ[1]. فاليد بمعنى القوة ورد ما يؤيدها من قوله تعالى: ﴿ أُوْلِي ٱلْأَيْدِي وَٱلْأَبْصَٰرِ ﴾[2]،أي: أولي القوةِ، والعقول[3].

واليد بمعنى القدرة يؤيده ما ورد عن ابن الأعرابي من قوله: يقولون: لي عليه يد ،أي قدرة، وبمعنى السلطان، قال ابن الأعرابي: "يد الريح"، أي: سلطانها، وتأتي اليد في اللغة بمعنى الملك بكسر الميم، يقال: هذه الضيعة بيد فلان، أي :في ملكه.

اليد في الاصطلاح:

من خلال النظر في المصنفات، والمصادر التي بحثت موضوع اليد وبينت حقيقتها، وماهيتها، اطلعت على عدد من تعريفات العلماء لليد ، وهي :

تعريف العز بن عبد السلام،

عرفها بقوله: "اليد عبارة عن القرب، والاتصال، وللقرب والاتصال مراتب، بعضها أقوى من بعض، في الدلالة على المعنى"[4].

---

(1)الزبيدي، محمد مرتضى بن محمد الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق : عبد المنعم إبراهيم ، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية ، ط1، 1428-2007، ج40، ص160، القاموس المحيط ، ج4، ص408.

(2) سورة ص، الآية" 45".

(3)القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن،خرج آياته : الشيخ عرفات العشا، بيروت- لبنان، دار الفكر، ، ط 1419-1998، ج15، ص195، الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان من تأويل آي القرآن، تخريج صدقي جميل العطار ، بيروت- لبنان، دار الفكر ، ط ،1415-1995، ج23، ص203.

(4) السلمي، أبو محمد عز الدين بن عبد العزيز ابن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه: طه عبد الرؤوف سعد، ، بيروت- لبنان ،دار الجيل، ، ط2، 1400-1980، ج2، ص141.

وسأبين مراتب القرب، والاتصال، والتي تشير إلى أن اليد كلما كانت قريبة من الشيء ومتصلة به، قويت صفة ملكية صاحب اليد لذلك الشيء.

بيان مراتب القرب، والاتصال التي أشرت إليها في التعريف: فأعظم هذه المراتب ثياب الإنسان التي عليه ونعله، ويليه البساط الذي هو جالس عليه، والدابة التي هو راكبها، ويليه الدابة التي هو سائقها، ويليه الدار التي هو ساكنها.

قال بعض العلماء: فتقدم أقوى اليدين على أضعفهما، حيث يقدم راكب الدابة مع يمينه على السائق[1]؛ والسبب في تقديم الراكب أن يد اتصاله بالدابة أقوى من اتصال السائق.

و في الهداية شرح بداية المبتدى اليد تعني : القدرة على التصرف[2] .

تعريف الزركشي: قسم الزركشي اليد إلى قسمين: يد حسية، ويد معنوية[3].

اليد الحسية: هي من الأصابع إلى الكوع، وبذلك يدخل الذراع، في هذا المعنى بحكم التبعية لا بالحقيقة.

وبذلك يقوى الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ ﴾[4]. ذكر الله تعالى اسم اليد في الآية، ثم زاد على الاسم إلى المرافق[5].

اليد المعنوية: تطلق في الاصطلاح، ويراد بها: الاستيلاء على الشيء بالحيازة.

واليد بالمعنى الأخير "الحيازة"، هي المقصودة بالبحث، وسيكون عليها مدار البحث في الصفحات القادمة بمشيئة الله تعالى؛ وذلك لأن الأعيان، والمنافع لا يصدق عليها أنها مضمونة على الغير إلا إذا تم الاستيلاء عليها حيازة.

المطلب الثاني: أقسام اليد.

قسم العلماء اليد إلى قسمين: يد الضمان، ويد الأمانة.

---

(1)القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس، الفروق، ضبطه: خليل منصور ، بيروت– لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1418–1998، ج4، ص172.

(2)المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج2، ص151.

(3)الزركشي، أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله، المنثور في القواعد، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، بيروت– لبنان، دار الكتب العلمية ، ط1، 1421–2000، ج2، ص 419.

(4)المائدة:الآية"6 " .

(5)الزركشي، المنثور في القواعد ، ج2، ص419.

وكما هو معلوم بأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فحتى تتضح الصورة لا بد من بيان حقيقة كل من يد الضمان، ويد الأمانة.

يد الضمان: هي يد الحائز الذي حاز الشيء بقصد تملكه، أو لمصلحة نفسه، كيد الغاصب، والمقترض، والقابض على سوم الشراء، والملتقط بنية التملك(1).

وهذا يعني أن الحائز للمال قد تكون حيازته عدواناً، أي: بدون إذن من المالك كالغاصب، أو تكون الحيازة بإذن، كالقابض للشيء على سوم الشراء، أو الملتقط للشيء الذي أضاعه صاحبه.

والمقبوض على سوم الشراء يكون بإذن من المالك للشيء، أما اللقطة فقد تكون بإذن من الشارع بقصد الحفظ، أما إذا التقط الشيء بقصد التملك، فإنه يعد ضامناً للشيء الملتقط في هذه الحالة.

يد الأمانة: هي يد الحائز الذي حاز الشيء لا بقصد تملكه ، كيد الوديع، والمستأجر، والشريك، والمضارب، وناظر الوقف، والوصي(2). وهذا يعني أن الأمين عند قبضه للمال إنما يقبضه بإذن من الشارع ،كيد الملتقط للحفظ، وقد يكون الإذن من المالك، كما هو الحال في الوديعة؛ وذلك حتى تنتفي عنه صفة الضمان.

تقسيم ابن رجب للأيدي: قال ابن رجب في تقسيمه للأيدي:"والأيدي التي تستولي على مال الغير بغير إذنه ثلاث"(3).

القسم الأول : يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك؛ فينتفي الضمان عما تستولي عليه، وذكر لذلك أمثلة منها: استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين، حيث إنهم يملكونها بالاستيلاء؛ لأن هذا الاستيلاء يعد بالنسبة لهم استيلاء على مال مباح غير معصوم.

والمثال الثاني الذي ضربه ابن رجب على اليد التي لا ضمان عليها، يتعلق باستيلاء الأب على مال ابنه، وقد بين ابن رجب أن هذا الاستيلاء إن حصل به ملك ،فلا ضمان عليه، وكذلك إذا حصل على غير وجه التملك، فلا ضمان عليه حتى لو أتلف على أصح الوجهين.

---

(1)الكاساني بدائع الصنائع، ج5، ص296؛ ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج4، ص276، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2، ص 377–378، ابن قدامة، المغني، ج5، ص706،221.

(2)الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص104 ،ج2، ص378، ابن قدامة، المغني ،ج5، ص76 ،535، الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت ، مطابع دار الصفوة، ج28، ص258.

(3)ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الإسلامي ، راجعه : طه عبد الرؤوف سعد ، بيروت– لبنان ،دار الجيل، ط2، 1408–1988، ص220–221.

القسم الثاني من الأيدي: يد لا يثبت لها الملك،وينتفي عنها الضمان، ومثال ذلك من كانت له ولاية شرعية بالقبض، فمن قبض مالاً؛ لحفظه لمالكه، فلا يضمن ،وهنا يشير ابن رجب إلى قبض اللقطة.

القسم الثالث: يد لا يثبت لها الملك، ويثبت عليها الضمان، وهي اليد العادية، والتي يترتب عليها الضمان، وذلك أن من غصب مالاً لغيره، فإنه يجب عليه أن يرد المال المغصوب، فإن لم يكن موجوداً، فعليه مثله إن كان مثلياً، فإن لم يكن له مثل، فعليه قيمة المال المغصوب[1].

حكم يد الأمانة:

إن الذي تعد يده يد أمانة لا يضمن ما تحت يده إذا هلك ،أو ضاع، إلا إذا حصل منه تعد، أو تقصير في الحفظ، فعندها تتحول يده من الأمانة إلى الضمان، بسبب التعدي، والتقصير، ومثال ذلك: الوديع إذا قام بإيداع الوديعة عند غيره بغير عذر، أو أودعها عند غير عياله[2]،فإنه يضمن في مثل هذه الحالة.

حكم يد الضمان:

توصلت من خلال بيان حقيقة يد الضمان، أن الضامن إما أن يضع يده على الشيء عدواناً وذلك بطريق الغصب، وإما بإذن المالك،وإما بحكم اللقطة ، ولكن لمصلحة نفسه، كالقابض للشيء على سوم الشراء، فمن كانت يده هذه صفتها، فإنه يعد ضامناً في جميع الأحوال، سواء أكان الهلاك بفعله، أم بفعل غيره، حتى ولو كان الهلاك بسبب آفة سماوية، فإنه يعد ضامناً لذلك المال[3].

المطلب الثالث: تحول اليد من الأمانة إلى الضمان.

بينت من خلال ما سبق أن الأمين لا يضمن ما تحت يده من أموال الآخرين، إلا إذا حصل منه اعتداء، أو تقصير، هذا هو الأصل بالنسبة ليد الأمانة، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه، هل هناك حالات إذا صدرت من الأمين تتحول بناءً عليها يد الأمانة إلى يد ضمان؟، وإذا كان الأمر كذلك فما هي؟

---

(1)ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص221.
(2)المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3، ص215.
(3)الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، ص375.

ذكر العلماء حالات تغير يد الأمانة إلى الضمان ،وذلك من خلال ذكر عقود التبرعات ، وأحوال تغير صفة الأمانة إلى صفة الضمان بما يخص كل عقد من هذه العقود ، وهي :

أولاً : عقد الإجارة على الأعمال: تتحول اليد في هذا العقد من الأمانة إلى الضمان في عدة حالات[1] :

1- **ترك الحفظ :** فإذا لم يحفظ الأجير المتاع حتى تعرض للسرقة، أو التلف وجب عليه ضمانه ؛ لأن ترك الحفظ يعد موجباً للضمان .

2- **الإتلاف أو الإفساد :** إذا تعدى الأجير على المأجور ، مما أدى إلى إتلافه فإنه يضمن ، ومن ذلك إذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله فصاحبه مخير بين تضمينه إياه غير معمول ، ولا أجر عليه ، وبين تضمينه إياه معمولاً، ويدفع إليه أجره.

3- **مخالفة المستأجر شرط المؤجر :** يضمن المستأجر في هذه الحالة ، ومثال ذلك، أن يحمل الدابة أكثر من الحمل المتفق عليه مع المؤجر ، وكذلك إذا أسكن البيت المستأجر حداداً ، مع أنه استأجره ليسكن فيه ، ففي هذه الحالة يثبت الحكم بالضمان على المستأجر للمخالفة .

ثانياً : عقد الإيداع : تتحول صفة اليد في هذا العقد من الأمانة إلى الضمان في حالات ، وهي[2] :

1- **ترك الحفظ :** وذلك إذا رأى الوديع شخصاً يسرق الشيء المودع ، فتركه وهو قادر على منعه ، فإنه يضمن في مثل هذه الحالة .

2- **إيداع الوديعة عند من ليس في عياله ؛** لأن صاحب الوديعة ما رضي إلا بيد الوديع ، أو بيد عياله ، ولم يرض بغيرهم ، فالإيداع عند غير المذكورين يعد موجباً للضمان

3- **استعمال الوديعة :** يعد استعمال الوديع للوديعة موجباً للضمان ، ومن صور الاستعمال الموجب للضمان ، أن ينتفع الوديع بالوديعة بالركوب ، أو يلبس الثوب المودع عنده للحفظ .

(1) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 174-175، الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، ص476- 478، ابن قدامة ، المغني ، ج5 ، ص524-535.

(2) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج3، ص315-319، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج5 ،ص 314 ،الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج6 ، ص473-481، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج3، 112-117، ابن قدامة ، المغني ، ج6، 383 - 402.

4- **السفر بالوديعة** : إذا سافر الوديع بالوديعة وكان صاحبها قد نهاه عن ذلك ، أو كان الطريق مخوفاً ، فإنه يضمن الوديعة في هذه الحالة .

5- **جحود الوديعة** : إذا جحد الوديع الوديعة بعد طلب صاحبها لها ، أو حبسها ، فإنه يعد ضامناً ، لأنه في هذه الحالة يعد غاصباً.

6- **خلط الوديعة بماله أو بمال غيره** : إذا قام الوديع بهذا الفعل بحيث أصبحت الوديعة لا تميز عن غيرها ، فإنه يضمن .

7- **إذا خالف الوديع شرط المودع في الحفظ** فإنه يضمن ، وذلك إذا شرط عليه أن يحفظها في مكان، فحفظها في مكان آخر، فالوديع بهذه المخالفة للمودع يعد ضامناً . ولا يفوتني أن أبين في هذا المجال بأن ما يودع لدى البنك (كحساب جار) يعد إقراضاً حكماً ما دام أن البنك يتصرف به ، ويخلطه بغيره ، ويتعهد بضمانه إذا هلك بتعد أو بغير تعد .

ثالثاً : عقد العارية : تتحول اليد في العارية من صفة الأمانة إلى صفة الضمان في حالات [1]، وهي :

1- ترك الحفظ :وذلك أثناء استعمال المستعير للعارية مما أدى إلى هلاكها ، أو تلفها ، ففي هذه الحالة تتغير يد المستعير من الأمانة إلى الضمان .

2- الإتلاف حقيقة ، وذلك كأن يلقيها في مضيعة ، أو الإتلاف معنى وذلك كأن يمنعها عن صاحبها بعد طلبه لها .

3- المخالفة في كيفية الحفظ ، وذلك إذا طلب المعير من المستعير أن يبقى منتبهاً ، ولا يغفل عن العارية ، فإذا خالف وغفل عن العارية ، وتعرضت للسرقة ، أو الضياع ، فإنه يعد ضامناً في مثل هذه الحالة .

المطلب الرابع: حكم اشتراط الضمان على الأمين:

(1) الموصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، ج3، ص56-57، ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج2، 236، الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص180-181.

قبل البدء بعرض آراء العلماء حول ضمان الأمين بالشرط، لا بد من تعريف الشرط عند الأصوليين وأقسامه من حيث الوضع ، ومن ثم بيان حكم اقتران الشرط بالعقد؛ وذلك حتى تتضح صورة الدراسة في هذا الموضوع.

الشرط عند الأصوليين يعني :ما يتوقف وجود الحكم عى وجوده ويلزم من عدمه عدم الحكم، كالوضوء شرط لصحة الصلاة(1).

أقسام الشرط من حيث الوضع.

ينقسم الشرط إلى قسمين : شرط شرعي*، وشرط جعلي(2).

والشرط الجعلي هو المقصود بهذا البحث؛ ولذا فإنني سأتعرض لبيان ماهية الشرط الجعلي، وحكم اقترانه بالعقد.

والشرط كما عرفه البهوتي من الحنابلة بأنه: إلزام أحد المتبايعين العاقد الآخر بسبب العقد ماله فيه منفعة(3).

وعرف الحموي الشرط بأنه: التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة (4).

والملاحظ من خلال التعريفين السابقين للشرط بأنه يحمل في ثناياه معنى الالتزام، والذي يضيفه العاقد إلى العقد الذي تم إبرامه.

وينقسم الشرط من حيث الحكم إلى ثلاثة أقسام:

1- **الشرط الصحيح:** وهو ما يقتضيه العقد ،ويلائمه، وورد به الشرع، وجرى به العرف، وتقرر في المعاملات بين التجار، وأرباب الصنائع(5).

2- **الشرط الفاسد:** وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولم يرد به الشرع، ولم يتعارفه الناس فيما بينهم، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو لآدمي غيرهما(1).

---

*وهو الذي اشترطه الشارع إما للوجوب ، كالبلوغ لوجوب الصلاة ، وإما للصحة كاشتراط الطهارة في الصلاة،الكويت، الموسوعةالفقهية ، ج26، ص6، الزرقا، المدخل الفقهي،ج1، 306.

(1)الزركشي ، بدر الدين محمد ، البحر المحيط في أصول الفقه ، علق عليه محمد تامر ، بيروت- لبنان ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1421-2000، ج1، 248 -249. خلاف ، عبد الوهاب ، علم أصول الفقه ، الكويت دار القلم ، ط8 ، 118-119.

*وهو الذي اشترطه الشارع إما للوجوب ، كالبلوغ لوجوب الصلاة ، وإما للصحة كاشتراط الطهارة في الصلاة،الكويت، الموسوعةالفقهية ، ج26، ص6، الزرقا، المدخل الفقهي،ج1، 306.

(2)وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، الكويت، الموسوعة الفقهية ، ط1، 1412-1992، ج26، ص 6.

(3)البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج3، ص 188 ص 189.

(4) الحموي، غمز عيون البصائر، ج4، ص41.

(5)المصدر السابق، المادة (322) ص 81، شلبي ، المدخل إلى التعريف بالفقه الإسلامي، 475.

3- **الشرط الباطل:** اللغو، وهو الشرط الذي لا نفع فيه لأحد المتعاقدين، ولا لآدمي غيرهما(2).

موقف الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقد:

1- اتفق الفقهاء على صحة الشرط وصحة العقد إذا كان من مقتضى العقد ، مع أن وجوده كعدمه ، مثل اشتراط تسليم المبيع أو التقابض في المجلس .

2- و اتفقوا على جواز الشرط ووجوب الوفاء به إذا كان به مصلحة للعاقدين ، كاشــتراط خيار الشرط ، والرهن ، والشهادة(3) .

3- كما اتفقوا على بطلان الشرط والعقد معاً فيما إذا اقترن به ما ليس من مقتضى العقد ، ولا من مصلحته ، ولكنه لا ينافي مقتضاه ، كأن يشترط عند البيع أن يقرضه المشتري مبلغاً أو أن يبيعه شيئاً (4).

4- اختلف الفقهاء في صحة العقد فيما إذا شرط ما ينافي العقد كأن يشترط عليه أن يبيعــه أو يهبه أو أن لا يبيعه ولا يهبه .

حصل الخلاف في هذا الموطن إلى رأيين :

أ- صحة العقد مع وجود هذا الشرط وهو رواية القاضي عن أحمد، وهو قــول الحــسن والشعبي، والنخعي، والحكم، وابن أبي ليلى، وأبي ثور (5).

الأدلة :

استدل أصحاب هذا الرأي بما يأتي :

1- بحديث عائشة في بريرة عندما كاتبها أهلها واشترطوا الولاء لهم ، فقال صلى الله عليه وسلم : " اشتريها واعتقيها ، واشترطي لهم الولاء ، فإن الولاء لمن أعتق " قالــت : ثــم خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال: " أمــا

---

(1)المصدر السابق، ، المادة (322) ص 81، زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، 332.
(2) المصدر السابق، المادة 322، ص81. زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، 332.
(3) السرخسي ، المبسوط ، ج13، ص14، ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2، 120 -121، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2، 47، ابن قدامة ، المغني ، ج3 ، ص 586.
(4) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج4، ص377،ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2، 120 -121، النــووي، المجمــوع شرح المهذب ، ج9، ص272، ابن قدامة ، المغني ، ج5 ، ص 71.
(5) ابن قدامة ، المغني ، ج4 ، ص 109 ، ج5 ، ص 71، ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2، ص 120.

بعد ، فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق"[1].

وجه الدلالة :

يدل الحديث على صحة العقد الذي اقترن به شرط الولاء لأهلها،أي: لأهل بريرة ، حيث إن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز البيع، وألغى الشرط.

ب- فساد العقد وهو الرواية الثانية لأحمد وهو قول مالك، و أبي حنيفة ،والشافعي[2] .

الأدلة :

استدلوا بما يأتي :

1 - استدلوا بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط[3] .

وجه الدلالة : يدل نهي النبي صلى الله عليه وسلم على فساد العقد الذي اقترن به شرط ينافي العقد ، والنهي هنا ورد في معرض بيان البطلان للعقد الذي اقترن به هذا النوع من الشروط .

2-أن الشرط فاسد فيؤدي إلى فساد العقد الذي اقترن به[4] .

مناقشة الأدلة :

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني

1-بالنسبة لحديث نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، نوقش بأنه لم يصح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ، إنما الصحيح " أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شرطين في بيع " وهذا يدل بمفهومه على جواز الشرط الواحد ، قال أحمد : إنما النهي عن شرطين في بيع ، أما الشرط الواحد فلا بأس به[5] .

---

(1) صحيح مسلم بشرح النووي ،، بيروت – لبنان، دار المعرفة ط5، 1419-1998. ج10، ص383.
(2) المرغيناني، الهداية ، ج3 ، ص230، ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2، ص 120، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2، ص 44، ابن قدامة ، المغني ، ج5، ص71.
(3) صحيح مسلم بشرح النووي ، ج11، ص 32، ورد نصه في الشرح .
(4) ابن قدامة ، المغني ، ج5 ، ص71.
(5) ابن قدامة ، المغني ، ج4 ، ص108.

2- بالنسبة لدليلهم الذي يقضي بفساد العقد بسبب فساد الشرط ، يمكن الإجابة عنه بأن الشرط الفاسد يتم إلغاؤه ويصح العقد .

الراجح في المسألة :

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة اقتران العقد بشرط ليس من مقتضى العقد ، وسوق الأدلة ومناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني ، فإنني أميل إلى ترجيح الرأي القائل بصحة العقد الذي اقترن به هذا النوع من الشروط ؛ وذلك لقوة الدليل الذي احتج به القائلون بالصحة حيث إنه حديث صحيح ، وخصوصاً أن الحديث دل على إلغاء الشرط ، وهذا يعني صحة العقد ما دام أنه تجرد عن الشرط الذي سيؤدي بدوره إلى بطلان العقد في حال استمرار اقترانه به.

اشتراط الضمان على الأمين:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين ، وكل أصحاب رأي دعموا رأيهم بالأدلة التي تؤيده، وتعطيه صفة القوة على أرض الواقع.

الرأي الأول: ذهب أصحابه إلى القول: ببطلان شرط الضمان على الأمين، وهذا ما عليه الجمهور من الحنفية[1]، وجمهور المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]في المعتمد من الرأي عندهم.

هذا وقد بدا لي أن أورد بعض النصوص المنقولة عن الفقهاء، والتي تؤيد وتؤكد وجهة نظرهم في مسألة اشتراط الضمان على الأمين، ومن عباراتهم، ونصوصهم الفقهية:

ما نقل عن فقهاء الحنفية:

جاء القول في البحر الرائق بما يخص المستعير، ونصه: "إذا شرط عليه المعير الضمان فإنه شرط باطل "[5] ،وورد القول في مجمع الضمانات فيما يتعلق بضمان المودع: "إن اشتراط الضمان على المودع باطل"[6]. ومن المعلوم أن يد المودع يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتعدي ،أو التقصير.

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص 139

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج5، ص 127، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 233.

(3) المطيعي،تكملة المجموع، بيروت- لبنان، دار إحياء التراث العربي، ج15، ص 12 ، الشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب، ضبطه: زكريا عميرات، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية ، ط1، 1416- 1995، ج2، ص 181.

(4)- ابن قدامة، المغني، ج5، ص 536.

(5) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،ج7 ، ص 478.

(6) البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، ص 191.

وورد القول في حاشية رد المحتار، ونصه:" أن اشتراط الضمان على الأمين باطل"[1]. أما الزيلعي فقد قال: بما يخص ضمان الأجير[*] المشترك إذا شرط عليه الضمان في العقد:" فإن شرط عليه فيما لا يمكن الاحتراز عنه، فلا يجوز بالإجماع؛ لأن شرطه لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما ففسدت، وإن شرط فيما يمكن الاحتراز عنه، فعلى الخلاف، فعندهما، أي: الصاحبين، يجوز؛ لأنه يقتضيه العقد، وعنده يفسد،أي : عند أبي حنيفة؛ لأن العقد لا يقتضيه"[2].

النصوص المنقولة عن المالكية:

جاء القول في بداية المجتهد بشأن ضمان الوديعة، ونصه: "وإذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على أنه لا يضمن"[3]. وورد القول أيضاً في المرجع السابق فيما يتعلق بالمضاربة ونصه: "إذا شرط رب المال الضمان على العامل، فقال مالك لا يجوز القراض، وهو فاسد"[4].

ونقل القول عن ابن جزي في القوانين الفقهية[5]. بما يتفق مع ما ورد عن ابن رشد، وجاء القول في حاشية الدسوقي ونصه: "ولا يضمن الأمين إذا شرط عليه الضمان، فيما لا ضمان فيه؛ لأن في تضمين الأمين إخراج الأمانة عن حقيقتها الشرعية"[6].

النصوص المنقولة عن فقهاء الشافعية:

جاء في المجموع: "وإذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله، أو قال أنا ضامن لم يضمن"[7]. وورد القول عن شرط الضمان في الوديعة عند الشيرازي بنفس معنى القول السابق، وعلل الشيرازي عدم جواز شرط الضمان على المودع، بأن الوديعة أمانة، فلا تصير مضمونة، ولا يصير المودع ضامناً بالشرط[8].

النصوص المنقولة عن الحنابلة:

---

(1) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5، ص 664

(*) الأجير المشترك: هو الذي يقع العقد معه على عمل معين ، كخياطة ثوب ، وبناء حائط ، أو على عمل في مدةلا يستحق جميع نفعه فيها ، كالحمال والطبيب ، وسمي مشتركاً؛لأنه يتقبل أعمالاً لأكثر من واحد فهم يشتركون في منفعته وبالتالي فهو لا يستحق الأجرة حتى يعمل ، ابن قدامة ،المغني ، ج5، ص524، المرغيناني، الهداية ، ج3، ص 244.

(2)الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 139.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 233

(4) المصدر السابق، ج2، ص 179

(5) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 186.

(6) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج5، ص 127.

(7) المطيعي، تكملة المجموع، ج15، ص 11.

(8) الشيرازي، المهذب، ج2، ص181

وفقهاء الحنابلة، كفقهاء المذاهب الأخرى فيما يخص هذا الموضوع، وردت عنهم نصوص تؤيد وجهة نظرهم، ومن عباراتهم ما ورد في المغني، ونص العبارة : "ولا يصح شرط الضمان على الأمين؛ لأن ما لا يجب ضمانه، لا يصيره الشرط مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه"[1].

ووردت العبارة في الشرح الكبير في هذا الموضوع ،ونصها: "وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بالشرط؛ لأن مقتضى العقد كونه أمانة، فإذا شرط ضمانه، فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه، كما لو اشترط ضمان الوديعة، فلا يصبح ضامناً لها بالشرط" [2]..

الرأي الثاني: ذهب أصحابه إلى القول: بأن شرط الضمان على الأمين له أثره في تحول يد الأمانة إلى الضمان، وهذا الرأي ذهب إليه كل من الحنفية[3]في قول عندهم مع أنه مرجوح، وبعض المالكية[4]، وأحمد في رواية[5]، وقال به: قتادة[6]، والشوكاني[7]، والصنعاني[8].

وكما هو الحال في المنهج المتبع، سأورد نصوصاً فقهية لفقهاء المذاهب تخص المسألة المطروحة للبحث، وفائدة النصوص الفقهية تكمن في تأييد وجهة نظر أصحاب الرأي، ومن هذه النصوص:

ما جاء في الأشباه، ومجمع الضمانات، ونصه: " إذا شرط الضمان على المستعير، تصير العارية مضمونة عندنا، في رواية الزيلعي"[9]. ووورد القول في بداية المجتهد، ونصه: "واختلفوا إذا شرط الضمان ،أي : على الأمين ، فقال قوم يضمن "[10]. وابن رشد يشير بقوله هذا إلى العلماء الذين أوردت ذكرهم عند عرض أصحاب الرأي الثاني.

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج5، ص536

(2) ابن قدامة، الشرح الكبير، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ،ج3، ص182، البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، الروض المربع، تحقيق: محمد نزار تميم، هيثم تميم، بيروت،- لبنان ،دار الأرقم، ج2، ص311.

(3) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص109، البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، ص 163.

(4)ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 236.

(5)ابن قدامة، المغني، ج5، ص 221-222.

(6)المصدر السابق، ج5، ص 222

(7) الشوكاني، محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، بيروت- لبنان ،دار الكتب العلمية، ، ط1، 1405 - 1985، ج3، ص، 286-287.

(8)الصنعاني، محمد بن اسماعيل الأمير، سبل السلام، بيروت- لبنان، دار الكتب العربي، ط12، 1420-1990، ج3، ص 140، 143.

(9) ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص 109، البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، ص 163.

(10) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 236.

أما الحنابلة[1]،فقد ذكر لأحمد بن حنبل شرط الضمان على الأمين، قال: "المسلمون على شروطهم"، ويفهم من قول الإمام أحمد بن حنبل*، بأن شرط الضمان على الأمين يعمل به، وذلك استناداً إلى الحديث المذكور، والذي يلزم المسلمين بالوفاء بالشروط التي شرطوها على أنفسهم، ما دامت لا تخالف نصاً شرعياً، ولا تصطدم مع قاعدة، أو أصل شرعي.

الأدلة:

أدلة الجمهور :

احتجوا لقولهم ببطلان شرط الضمان على الأمين بعدد من الأدلة، وهي :

أولاً :السنة :

عن عمروبن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " **ليس على المستعير غير المغل ضمان**" [2].

وجه الدلالة : يدل الحديث على عدم جواز تضمين الأمين إلا إذا حصل منه ما يوجب الضمان ،كالتعدي ،أو الخيانة ، وهذا التوجيه تؤكده قاعدة:" لا ضمان على مؤتمن"[3]، وأصل هذه القاعدة نص حديث نبوي شريف، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال صلى الله عليه وسلم : " لا ضمان على مؤتمن " .

ثانياً: المعقول :

1–إن قبول الأمانات، ومنها الوديعة يعد تفضلاً، وإحساناً من الأمين، فإذا حكم على الأمين بالضمان بالشرط، فإن ذلك سيؤدي إلى الامتناع عن قبول الأمانات، وبالتالي وقوع الناس بالحرج، وتعطيل مصالحهم، ولا سيما أن الناس بحاجة إلى حفظ الأمانات ،ومنها الودائع[4].

---

(1)ابن قدامة، المغني، ج5، ص536.* عند أحمد ما يشترطه الأمين على نفسه لا أن يشترط غيره عليه هذا الشرط.

(2)الدار قطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، تحقيق: عبد الله هاشم ، كتاب البيوع، رقم الحديث (168) القاهرة ،دار المحاسن للطباعة ، 1386–1966، ج3، ص41.

(3) المصدر السابق، ج3، ص41، رقم الحديث (167) الزيلعي، نصب الراية في تخريج الهداية ، ج4، ص 337 ، والحديث من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وقيل : فيه ضعف ،سنن الدارقطني، ،ج3، ص41.

(4) الزيلعي، جمال الدين، أبي محمد عبد الله بن يوسف، نصب الراية تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: أحمد شمس الدين، بيروت– لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1416–1996، ج4، ص 285 ، المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3، ص 215

2- إن تضمين الأمين بالشرط يعد مخالفاً لمقتضى العقد، وبالتالي يؤدي إلى إفساده، ويؤكد ذلك ما جاء في المغني: "فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين، فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد"(1).

3- ورد القول في حاشية الدسوقي من مصنفات المالكية ، ونصه :" بأن تضمين الأمين فيه إخراج الأمانة عن حقيقتها الشرعية"(2). ومفاد هذا القول أن الاصل عدم الضمان على الأمين؛ لأن الضمان ،والأمانة لا يجتمعان في آن واحد.

أدلة أصحاب الرأي الثاني :

احتج القائلون بصحة شرط الضمان على الأمين بعدد من الأدلة، وهي:

أولاً: السنة:

1-عن صفوان بن أمية أن النبي – صلى الله عليه وسلم –استعار منه دروعا يوم حنين فقال صفوان: أغصب يا محمد، قال النبي صلى الله عليه وسلم:" لا بل عارية مضمونة"(3).

وجه الدلالة : الحديث يدل على أن الأمانة تضمن بالشرط، بدليل أن النبي –صلى الله عليه وسلم- تعهد لصفوان بن أمية بضمان الدروع التي استعارها منه، فالحديث يدل على أن الأمانة تضمن بالتضمين إما بطلب صاحبها وموافقة المستعير،أو بتبرع من المستعير(4).

2 – عن أبي هريرة- رضي الله عنه – أن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال: "المسلمون على شروطهم والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً" (5). وهذا يعني وجوب التزام المسلمين بالشروط التي يشترطونها على أنفسهم، وأن يستمروا بالثبات عليها، ولا ينقضونها، وهذا يتعلق بالشروط الجائزة دون الشروط الفاسدة، وبما أنه يجب الوفاء بالشروط التي لا تخالف نصوص الشرع، فإن الأمين عليه أن يفي بشرط الضمان، إذا تلفت الأمانة تحت يده.

واحتجوا بأدلة من المعقول والعرف ،وهي:

(1) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 536.
(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج5، ص 127
(3) الحاكم، المستدرك على الصحيحين ، كتاب البيوع، رقم الحديث(2347)، ج2، ص178.
(4) الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص140
(5) الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ، كتاب البيوع، الحديث "2356"، ج2، ص 180 ،وفي رواية : " المسلمون عند شروطهم ".قال الترمذي : حديث حسن صحيح، جامع الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس ، رقم " 1352"، ص237.

1- أن الأصل في الشروط الصحة، إلا ما نهى عنه الشرع، وهذا الحكم توصلت إليه عند بحث الشروط المقترنة بالعقد، وخصوصاً عند الحنابلة الذين يعدون أكثر المذاهب تصحيحاً للشروط[1]، فما دام أن الشرط لا يخالف نصاً شرعياً، ولا يناقض مقتضيات العقد، فما المانع من جوازه، ومن ثم تنفيذه على المشترط عليه؛ وبناءً على هذا الأصل ، فإنه يجوز تضمين الأمين بالشرط.

2- العرف :يعد العرف من الأدلة على تضمين الأمين، وذلك إذا كان العرف قد جرى بتضمين الأمين ما تلف تحت يده[2]، فإذا جاز تضمين الأمين بعرف قد جرى بين الناس، فمن باب أولى أن يضمن الأمين-كالمودع ، والمستاجر - بالشرط، وذلك عند هلاك الأمانة ،أو تلفها.

3- يجوز تضمين الأمين بالتهمة إذا تلفت الأمانة ،أو هلكت تحت يده[3]، وصاحب الأمانة عندما يشترط الضمان على الأمين، يكون الدافع لهذا الشرط هو التهمة الموجهة للأمين، وذلك أنه معرض للتقصير في حفظ الأمانة، أو قد يستعملها في غير ما أعدت له، فإذا حصل التلف، فإن الأمين يضمن؛ لتهمته بالتعدي، أو التفريط، ولا سيما في الزمن الحاضر، والناس قد تغيرت نفوسهم، وقل تورعهم في المحافظة على الأمانات.

تبين من خلال العرض السابق أن الفقهاء مختلفون في مسألة شرط الضمان على الأمين، فمنهم من منع ذلك، ومنهم من أجاز ،وقال: بصحة اشتراط الضمان على الأمين، فبناءً على الرأي الأول لا يضمن الأمين الأمانة إذا تلفت إلا إذا حصل منه تعد، أو تقصير، أما بالنسبة لأصحاب الرأي الثاني،فالأمر عندهم مختلف، فإذا تلفت الأمانة عند الأمين، فإنه يضمن.

ومعلوم لدينا أن الفقهاء عندما بحثوا هذا الموضوع، طرحوا أمثلة مستقاة من بيئتهم وواقعهم، وهذا أمر طبيعي؛ لأن الفقيه دائماً يتعايش عند إصداره للأحكام مع أمثلة معاصرة له وموجودة في واقعه، وبيئته المحيطة به.

أما في زماننا الحاضر فقد اختلفت الأحوال، والظروف، وتقدمت الحياة تبعاً للتطور العلمي الملموس، فقد وجدت في واقعنا أمثلة، وصور للتعامل لم تكن موجودة في عهد الفقهاء السابقين، وهذا يتطلب منا أن نتكيف مع أمثلة واقعية معاصرة أثناء بحثنا لموضوع شرط الضمان على الأمين.

(1) ابن تيمية، مجموع فتاوي ابن تيمية، ج29، ص 346-347
(2) القرافي، الذخيرة، ج5، ص 509.
(3)الصاوي ، بلغة السالك ، ج3 ، 364،ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 208.

فمثلاً إذا أعار شخص لآخر سيارته، ومعلوم أن السيارة المعارة تعد أمانة بيد المستعير(1)، ثم شرط المعير على مستعير السيارة ضمانها، فإذا تلفت، أو تعرضت للضياع، فبناءً على الرأي الأول لا يضمن المستعير إلا إذا تعدى، أو قصر في الحفظ، ويضمن المستعير السيارة في حال تلفها، أو هلاكها بناءً على الرأي الثاني.

ومثال آخر يتعلق بالوديعة، باعتبار الوديعة أمانة عند المودع، فإذا أودع شخص جهاز حاسوب (كمبيوتر) عند صديق له؛ لظرف ما، وشرط عليه ضمان الجهاز إذا أصيب بتلف ،أو خراب، فعلى رأي الجمهور لا يضمن المودع عنده الجهاز، إلا إذا حصل منه ما يوجب الضمان، وعند أصحاب الرأي الثاني يضمن المودع عنده، حيث إنهم قالوا: بصحة شرط الضمان على الأمين.

وهناك أمثلة كثيرة في الواقع المعاصر أستطيع أن أدرجها تحت عنوان هذا البحث، ولكنني رأيت الاكتفاء بهذين المثالين؛ لأن المقال يتضح ولو بمثال، ما دام أنه متفق مع النص والقاعدة.

الراجح في اشتراط الضمان على الأمين:

وبعد بيان آراء العلماء في مسألة شرط الضمان على الأمين، وعرض الأدلة التي استدل بها كل فريق لدعم رأيه، فإنني أميل إلى القول بجواز شرط الضمان على الأمين؛ لقوة الأدلة التي استدلوا بها، وذلك فيما يتعلق بصحة الأحاديث التي احتجوا هذا من جانب، ومن جانب آخر لصحة توجيه الأدلة بما يتفق وهذه المسألة.

وبالنسبة لحديث:"ليس على المستعير غير المغل ضمان" ، فقد ورد بأنه حديث ضعيف، وذلك من خلال ما ورد في سنن الدارقطني ، حيث بين أن من رواته عبيد بن حسان ، وعمرو بن شعيب ، وهما ضعيفان(2).

وبالنسبة لما ورد عند المالكية بأن تضمين الأمين بالشرط يخرج الأمانة عن حقيقتها الشرعية؛ لأن الأصل عدم التضمين، يمكن القول : أن تضمين الأمين يخرج الأمانة عن حقيقتها عندما يكون هناك اهتمام بالمحافظة عليها، كالأموال الخاصة ، ولكن في الزمن الحاضر نلاحظ أن نفوس الناس قد تغيرت ، وقل التورع عند بعض الأفراد فيما يتعلق بحفظ حقوق الآخرين ، وأموالهم، ولذلك فإن حصول الإهمال وعدم الاهتمام يحول اليد من يد الأمانة إلى يد الضمان ؛ لهذا

---

(1) القول بأن العارية أمانة بيد المستعير ولا تضمن إلا بالتعدي هذا ما عليه بعض الفقهاء دون بعض ، وسأبين ذلك – بعون الله تعالى– في الفصل الثالث عند بحث حكم الضمان للعارية .

(2) الدارقطني، سنن الدارقطني، ج3، ص41.

فإن الحكم بتضمين الأمين بالشرط إذا هلكت الأمانة تحت يده هو الذي يتناسب مع قواعد الشرع التي اعتنت بحفظ حقوق الأفراد من أي سبب قد يؤدي إلى إتلافها، أو تضييعها .

ومن جهة أخرى فإن الزمن الحاضر قد شهد تغيراً واضحاً، وملموساً في نفوس الناس وطبائعهم، وعدم تورعهم في المحافظة على أموال الآخرين، والأمانة أصبحت مطلباً عزيزاً عند البعض؛ لأجل ذلك، فإنني أميل إلى القول بجواز شرط الضمان على الأمين؛ حتى لا يستهين أحد بأموال الناس، وحقوقهم، فالمال يعد عصب الحياة وبه استمرارها، حيث إن الإسلام أعطاه الأهمية البالغة، وعاقب كل من تسول له نفسه الاعتداء عليه.

ولكن هذا الترجيح مشروط بعدم اتخاذ عقد الأمانة وسيلة، وذريعة للوقوع في المحظور، كأن تتخذ الأمانة ذريعة إلى التعامل بالربا(1). فإذا كان الأمر كذلك ،فشرط الضمان على الأمين يعد عندها باطلاً؛ لأنه يهدف إلى إبطال مقصود الشارع من العقود.

أما بالنسبة للأمثلة التي يمكن إيرادها لتوضيح هذه المسألة ، فهناك أمثلة كثيرة تصلح لأن تكون محلاً للتبرع، وبالتالي يضمن من تعد يده يد أمانة إذا شرط عليه ذلك، والضمان يكون بعد تعرض الأمانة للتلف ، ومن الأمثلة لهذه المسألة :

إذا أعار شخص لآخر مجموعة من الكتب للقراءة، وشرط المعير على المستعير ضمان الكتب في حال تعرضها للتلف، ومن ثم تلفت الكتب بسبب الاستخدام الخاطىء، أو حفظها في مكان لا يناسبها، ففي هذه الحالة يحكم على المستعير بالضمان، وذلك تطبيقاً للشرط المتفق عليه منذ البداية.

والحكم السابق بتضمين الأمين بالشرط لا يقتصر على المثال المذكور ، بل يتعداه إلى أشياء كثيرة منها : ما لو استعار شخص من آخر سيارة ؛لنقل البضاعة ، أو استعار جهازاً كهربائياً – ثلاجة مثلاً– لحفظ مواد غذائية ، أو لحفظ السوائل ، وبعض الحلويات في محل تجاري ، فإذا تلفت الأشياء المذكورة ، وكان المالك لها قد شرط على المستعير الضمان، ففي هذه الحالة يحكم على المستعير بضمانها ، هذا وإن كان الحكم بتضمين الأمين بالشرط قد يؤدي إلى قطع المعروف بين الناس ، وذلك بامتناع البعض من قبول الأمانات ، إلا أنه يمكن القول : بأن الأمين قبل الشرط ووافق عليه باختياره ، فإنه يلتزم به ، وهذا يجعله أكثر حيطة في المحافظة على أموال الآخرين .

---

(1) نزيه حماد، قضايا فقهيه معاصرة في المال والاقتصاد، ص 408.

الفصل الثاني

الضمان في عقود التبرعات اللازمة:

المبحث الأول : احكام الضمان في الوقف.

المطلب الأول : ضمان تصرف الواقف بالمال الموقوف

المطلب الثاني : ضمان اتلاف الوقف وتعطيل منافعة (التعدي على الوقف)

المطلب الثالث: حكم الضمان في حالة إجارة الوقف

المطلب الرابع: ضمان الوقف في حال الغاصب

المطلب الخامس : ضمان الناظر للموقوف:

الحالات التي يضمن فيها الناظر الموقوف.

المطلب السادس : مسائل في الاعتداء على الوقف

المبحث الثاني : أحكام الضمان في الكفالة

المطلب الأول : أقسام الكفالة باعتبار العقد.

المطلب الثاني : أقسام الكفالة بالنسبة للمكفول به، وحكم الضمان في كل قسم

المطلب الثالث: حكم الكفالة.

الفصل الثاني:

الضمان في عقود التبرعات اللازمة

إن البحث في عقود التبرعات يتطلب التمييز بين عقود التبرعات اللازمة، وغير اللازمة؛ وذلك للوقوف على أقسام العقود التي تندرج تحت كل منهما.

العقد اللازم هو: العقد الصحيح النافذ الذي لا يملك أحد المتعاقدين فسخه، وإبطاله والتحلل منه [1].

أما العقد غير اللازم فهو: ما يستطيع كل واحد من طرفيه ،أو أحدهما أن يتحلل منه ويفسخه بدون رضاء الطرف الآخر[2].

وفي هذا الفصل سوف أبين – بعون الله تعالى– عقود التبرعات اللازمة، وهي:

الوقف،والكفالة؛ وذلك بناءً على أن الراجح في الوقف هو اللزوم، أما الكفالة: فهي تبدأ تبرعاً عن طواعية، واختيار، ولكنها تصبح لازمة بعد انعقادها، واللزوم يكون بالنسبة للكفيل، فلا يستطيع التحلل من التزامه إلا بالأداء ،أو الإبراء، وهذا ما سأبحثه في الصفحات القادمة إن شاء الله تعالى.

وبالنسبة لعقد للكفالة وإن كان من عقود التوثيقات ، إلا أن الكفيل تبرع من ذات نفسه بأداء ما على غيره من حق بحيث إذا لم يقم المكفول عنه بأداء الحق ، فإن الكفيل هو الذي يطالب به .

---

(1) شلبي، محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، بيروت– لبنان، دار النهضة العربية ، 1388ه–1969 م، ص 557، الزحيلي ، وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4 ، ص241.

(2) شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، ص558 ، الوقف في الشريعة الإسلامية، طرابلس– لبنان منشورات المكتبة الحديثة، ص13، الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج4 ، ص241.

:

الوقف في اللغة: وَقَفَ بالمكان، وَقفاً، ووقُوفاً ، فهو واقــفٌ ، والجمـــع وقُـــوف ، وهـــو: الحَبْسُ[1].

الوقف في اصطلاح العلماء:

عرف أبو حنيفة الوقف بأنه: حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة[2].

وعرفه الصاحبان بأنه: حبس العين على حكم ملك الله تعالى[3].

عرفه المالكية بأنه: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه[4].

وهذا يعني أن الوقف عند المالكية: حبس العين على ملك الواقف ،والتصدق بالمنفعة.

وعرف الشافعية الوقف بأنه: حبس المال الذي يمكن الانتفاع به، مع بقـــاء عينـــه، بقطـــع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود. [5].

وعرف الحنابلة الوقف بأنه : تحبيس الاصل، وتسبيل الثمرة[6]

وبعد عرض التعريفات السابقة للوقف، أجد أنها تشترك في حبس العين، والتصدق بالمنفعة، ولكن الاختلاف حصل في ملكية المال الموقوف، هل يبقى للواقف، أم يكون علـــى حكـــم ملـــك الله تعالى، أم ينتقل إلى ملك الموقوف عليه، هذا ما سأشير إليه في الصفحات القادمة إن شاء الله تعالى.

وبالنسبة للتعريف المختار للوقف فهو: تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة .

شرح التعريف المختار:

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج9، ص359- 360، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج3، ص 212.

(2) ابن الهمام، شرح فتح القدير، علق عليه: عبد الرزاق غالب المهدي ، بيروت- لبنان، ، دار الكتـــب العلميـــة ط1،1424 - 2003، ج6، ص 190، منلا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج2، ص 132.

(3) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 13.

(4)الخرشي، محمد بن عبدالله، حاشية الخرشي، ضبطه زكريا عميرات ، بيروت – لبنان، دار الكتـــب العلميـــة ، ط1، 1417 - 1997،ج7، ص 361.

(5) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت- لبنان، دار الفكر، 1404-1984، ج5، ص 358.

(6) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 597.

أولاً: فالقول بتحبيس الأصل يعني: أن أصل المال الموقوف يمنع التصرف به بأي شكل من أشكال التمليكات.

ثانياً: على حكم ملك الله تعالى وهذا يفهم من التعريف ، فهو يعني: أن المال الموقوف ينتقل من ملكية الواقف إلى حكم ملك الله تعالى بحيث لا يجوز التصرف به بما يضر بالجهة الموقوف عليها.

ثالثاً: الوقف عقد لازم بحيث لا يجوز الرجوع عنه من قبل الواقف.

رابعاً: أن منافع المال الموقوف، وثمراته تنتقل إلى الموقوف عليه، أو الجهة الموقوف عليها.

خامساً: يتميز هذا التعريف عن تعريف أبي حنيفة بالخصائص السابقة، فتعريف أبي حنيفة يقتضي عدم لزوم الوقف، وبقاء المال الموقوف على ملكية الواقف.

المطلب الأول: ضمان تصرف الواقف بغلة الموقوف

عند البحث في هذه المسألة، ومعرفة مدى حق الواقف في التصرف في المال الموقوف لا بد من البحث في حكم لزوم الوقف عند الفقهاء، وهل يصبح الوقف لازماً بحيث يخرج من ملك الواقف، ولا يجوز له الرجوع فيه، أو أنه يبقى على ملك الواقف، ويبقى حق التصرف ثابتاً له في المال الموقوف؟ هذا ما سأبينه – بمشيئة الله تعالى – من خلال عرض آراء العلماء في هذه المسألة، ثم الخروج بالرأي الراجح الذي يتناسب مع تحقيق مصالح الوقف، والجهات الموقوف عليها.

آراء الفقهاء في حكم لزوم الوقف:

من خلال التتبع في المصادر الفقهية لحكم هذه المسألة، والتي تعد من صميم البحث في موضوع الوقف، استطعت– وبتوفيق الله تعالى – التوصل إلى أن للفقهاء رأيين في المسألة، وهما:

الرأي الأول: الوقف عقدٌ لازم، وهذا ما ذهب إليه كل من الصاحبين[(1)] من الحنفية، والمالكية[(2)]، والشافعية[(3)]، والحنابلة[(4)]، والظاهرية[(5)].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 326، المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج3، ص13.

(2) عليش، محمد بن أحمد، منح الجليل شرح على مختصر خليل، ضبطه عبد الجليل عبد السلام ، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1 ، 2003–1424، ج8، ص 72، الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج7 ، ص362.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير ، ج7، ص511، النووي ، روضة الطالبين ، ج4، ص 405.

(4) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 604، البهوتي ، كشاف القناع ، ج4،ص 254 .

(5) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، المحلى شرح المجلى،تحقيق: أحمد محمد شاكر، بيروت –لبنان،دار إحياء التراث العربي، ط1، 1418–1997،ج10، صص85.

وبناء على هذا الرأي؛ فإن الواقف لا يجوز له الرجوع في المال الذي وقفه، ولا يصح له التصرف بالمال الموقوف بأي وجه من وجوه التصرفات الناقلة للملكية، كالبيع، والهبة ،وغيرها من التصرفات، وخصوصاً أن المال الموقوف ينتقل بعد الوقف إلى حكم ملك الله تعالى على وجه يعود نفعه إلى العباد وهذا يعني عدم جواز رجوع الواقف عن وقفه وإذا مات لا يورث عنه [1]، وهذا في أصح القولين عند الشافعية[2]، وفي قول عند الحنابلة[3]، بالإضافة إلى ما ذهب إليه الصاحبان من الحنفية بأن الموقوف ينتقل إلى حكم ملك الله تعالى. والمالكية، وإن قالوا: بأن الوقف يبقى على ملك الواقف[4]، إلا أنهم وافقوا الجمهور بقولهم: بلزوم الوقف، أي: عدم جواز رجوع الواقف بما وقفه.

الرأي الثاني: الوقف عقد غير لازم، وهذا ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة [*][5]، ويترتب على هذا القول أن الواقف يجوز له الرجوع في وقفه متى أراد، ويحق له التصرف به بكافة التصرفات الناقلة للملكية، وينتقل إلى الورثة من بعده[6]، ويظهرذلك من خلال تعريف أبي حنيفة للوقف، والذي ذكرته فيما سبق ،ومفاد التعريف بقاء المال الموقوف على ملك الواقف.

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بلزوم الوقف بعدد من الأدلة من السنة، والقياس، والمعقول، وهي:

أولاً: السنة:

عن ابن عمر ﷺ أن عمر بن الخطابﷺ أصاب أرضاً بخيبر، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ فقال رسول الله ﷺ: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"[7]. فتصدق بها عمر- رضي الله عنه- أنه لا يباع أصلها، ولا

---

(1) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج3، ص 13.
(2) النووي، منهاج الطالبين،تحقيق :أحمد عبد العزيز الحداد، ، بيروت- لبنان، دار البشائر الإسلامية، ط2،1426- 2005م، ج2، ص 289.
(3) ابن قدامة المغني، ج5، ص 601
(4) فائدة قول المالكية ببقاء الموقوف على ملك الواقف، هذا يعني أن الواقف، وورثته لهم الحق في التدخل بمنع بيع الموقوف، ولهم الحق في الإشراف على إصلاحه،حاشية الخرشي ، ج7 ، ص400.
* يلزم الوقف عند أبي حنيفة في ثلاث حالات : 1- أن يحكم به حاكم 2- أن يجعله مسجداً 3- أن يعلقه على موته فيكون كالوصية ، الهداية ، ج3، ص 20.
(5) الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، ج2، ص 357، المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3، ص13.
(6) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص 520.
(7) البخاري، صحيح البخاري، ، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف ، الحديث"2737 " ،ج2، ص 203، " الترمذي، جامع الترمذي،كتاب الأحكام،باب في الوقف ، بيت الأفكار الدولية ، 2004،ص241.

يوهب، ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول"[1].

وجه الدلالة: دل الحديث على عدم جواز الرجوع في الوقف، وعدم التصرف بأي صورة من الصور الناقلة للملكية، وهذا يؤكده إجماع الصحابة –رضي الله تعالى عنهم– حيث إنهم وقفوا دوراً، وبساتين، ولم ينقل عن أحد منهم أنه رجع عن وقفه، أو تصرف فيه بالبيع، أو بغيره[2].وبالتالي هذا يعني القول بلزوم الوقف.

ثانياً: القياس:

1- وذلك من خلال قياس لزوم الوقف في حال الحياة من غير أن يحكم به حاكم على الوصية، وذلك بعد الوفاة[3].

2- قياس الوقف على المسجد، فمن بنى بناءً، وجعله مسجداً، فإنه يخرج من ملك الواقف ويصبح لازماً[4] ، وكذلك الأمر بالنسبة للمال الذي يوقف ،فإنه يخرج من ملك الواقف، وهذا يعني لزومه .

ثالثاً: المعقول: أن الحاجة ماسة للزوم الوقف؛ من أجل أن يصل الثواب إلى الواقف على الدوام،وقد أمكن دفع هذه الحاجة بإسقاط الملك، وجعله لله تعالى[5] .

أدلة الرأي الثاني:

احتج أبو حنيفة لقوله: بعدم لزوم الوقف بأدلة من السنة، والمعقول ،وهي:

أولاً: السنة:

1- عن ابن عباس– رضي الله تعالى عنهما– أن النبي ﷺ لما نزلت آية الفرائض، قال: " لا حبس عن فرائض الله"[1].

---

(1) أي غير متخذ منها مالاً، أي: ملكاً،ولا يجوز أن يتملك شيئاً من رقابها ،العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، كتاب الوصايا ، باب الوقف كيف يكتب، الرياض، مكتبة دار السلام ،ط3، 1421 ه –2000م ،رقم الحديث "2772" ،ج5،ص491.الشوكاني ، محمد بن علي ، نيل الأوطار ، تحقيق أنور الباز، المنصورة ، دار الوفاء ، ط2، 1423–2003، ج4 ، ص311.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 513، ابن حزم ، المحلى ، ج10، ص85–86.

(3)الماوردي، الحاوي الكبير ، ج7، ص 513.

(4)المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3، ص 13 .

(5)المصدر السابق، ج3، ص 13،الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج4 ، ص261.

وجه الدلالة:

إن القول بلزوم الوقف، يترتب عليه حبس المال عن الورثة، ومنعهم من أخذ فرائضهم التي فرضها الله تعالى لهم، والقول بعدم لزوم الوقف، يتفق مع آيات المواريث، والحديث يعني أنه: لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين الورثة[2]. ومحصلة ذلك عدم لزوم الوقف، وعدم خروجه عن ملك صاحبه.

2- جاء عن شريح القاضي[*] أنه قال: " جاء رسول الله ﷺ بمنع الحبيس"[3].وفي رواية :" ببيع الحبيس" .

وجه الدلالة:

تدل رواية شريح على جواز بيع الموقوف، وهذا يدل على أن الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف، ومن جهة أخرى أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا، وجاء الإسلام بنسخه[4].

ثالثاً: المعقول:

إن الغرض من الوقف التصدق بالمنفعة، وهذا لا يتصور إلا ببقاء عين المال على ملك الواقف[5]. واستدلوا لذلك بقوله ﷺ لعمر: " حبس أصلها وسبل ثمرتها"[6].

مناقشة الأدلة:

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول:

ناقش القائلون بعدم لزوم الوقف أدلة القائلين بلزومه بما يأتي:

---

(1) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى،ضبط متنه : أبو عبد الله عبد السلام بن محمد بن عمر علوش، كتاب الوقف، باب لا حبس عن فرائض الله عز وجل، المملكة العربية السعودية، الحجاز، مكتبة الرشد، ط 1 ،1425-2004،(12130)، ج6، ص 263.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 327، شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، بيروت ، الدار الجامعية، ط 4، 1402-1982، ص309.

(*) القاضي شريح بن الحارث بن قيس الكندي أبو أمية الكوفي ، ولي القضاء لعمر، وعثمان، وعلي ،ومعاوية ستين سنة إلى أيام الحجاج ، واستعفى، وله مائة وعشرون سنة . السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، طبقات الحفاظ ، راجع النسخة لجنة من العلماء بإشراف الناشر ، بيروت- لبنان ، دار الكتب العلمية ، ط1، 1403-1983، ص27.

(3) البيهقي، السنن الكبرى،كتاب الوقف باب: لا حبس عن فرائض الله، رقم الحديث" 12132" ، ج6، ص 263.وفي رواية : " جاء محمد -صلى الله عليه وسلم- ببيع الحبيس ".

(4)ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص 192.

(5) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص 191، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4، ص 261.

(6) سبق تخريجه، ص 54.

أولاً: بالنسبة لحديث ابن عمر ورد عن أبي حنيفة بأنه يعني: احبسه على ملكك، وتصدق بـالثمرة، والغلة، ولو لم يبق الملك للواقف لكان قد سبل الأصل، والمنفعة[1]، وأبو حنيفة لا يقـول إلا بالتصدق بالمنفعة، أما بالنسبة للأصل، فإنه باق على ملكية الواقف .

ثانياً: بالنسبة للقياس على الوصية، فهو قياس مع الفارق؛ لأن الموصى به لا تثبت ملكيته للموصى له إلا بعد موت الموصي، فله أن يرجع في حال حياته[2]. وبالنسبة لمنافع الموقوف يمتلكها الموقوف عليه بمجرد صدور الوقف ، ولا يتوقف ذلك على موت الواقف .

ثالثاً: أما القياس على المسجد، فهو قياس مع الفارق؛ لأن المسجد يملك بشكل خالص لله تعالى، فلا يملك أحد منافعه، أما المال الموقوف، فإن منافعه تملك للعباد، فينتفعون به بالزراعة، والسكنى، وغيرها من صور الانتفاع[3].

رابعاً: بالنسبة لاستدلالهم بالحاجة لاستمرار الثواب، نوقش بأن الحاجة لاستمرار الثواب لا تستلزم حرمة التصرف بالموقوف، فالإنسان يصله ثواب التصدق بالشيء مع ملكيته له[4].

مناقشة أدلة الرأي الثاني:

ناقش القائلون بلزوم الوقف أدلة القائلين بعدم اللزوم بما يأتي

أولاً: بالنسبة لحديث: "لا حبس عن فرائض الله": لقد تكلم العلماء في سند الحديث، ودخله الضعف من هذا الباب، فمن رواته عبد الله بن لهيعة، وأخوه عيسى بن لهيعة، وهما ضعيفان[5].

ثانياً: بالنسبة لحديث شريح: " جاء رسول الله ﷺ ببيع الحبيس" ، فإنه حديث مرسل؛ لأن شريحاً تابعي، وجاء عند الماوردي الشافعي: ولا نقول بالمراسيل[6].*

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4، ص 261

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص326.

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص 192، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4، ص 271.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص 193.

(5) الزيلعي، نصب الراية، ج3، ص 733، البيهقي، السنن الكبرى، ج6، ص 263.

(6) الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 514.

* الحديث المرسل: ما أضافه التابعي إلى النبي ﷺ مما سمعه من غيره. العسقلاني،أحمد بن علي بن محمد ابن حجر، النكت على كتاب ابن الصلاح، تحقيق محمد فارس، مسعود عبد الحميد السعدني، بيروت- لبنان،دار الكتب العلمية ، ط1، 1414-1994، ص201. ويعمل الشافعي بالمرسل إذا كان راويه لا يرسل إلا عن ثقه، فيأخذ بمراسيل سعيد بن المسيب ويشترط في العمل بالمرسل 1- أن يوافق حديثه حديث الحفاظ المأمونين المتصل بالنبي -صلى الله عليه وسلم – 2- أن يوافق حديثه المرسل مرسلاً آخر فيقويه 3- أن يوافق مرسله ما يفتي به أكثر أهل العلم ، 4- ألا يسمي في سنده مجهولين ولا مرغوباً عن روايتهم ، الشافعي ، محمد بن إدريس ، الرسالة، مراجعة عبد الصبور شاهين، القاهرة ، مركز الأهرام للترجمة ، ط1 ،1408 – 1988، ص 258-259.

ووجه آخر: أن النبي ﷺ أراد الأحباس التي كانت في الجاهلية(1)، وقد ذكرها الله عز وجل في سورة المائدة(2). وذلك أن العرب في الجاهلية كانوا يحرمون على أنفسهم الانتفاع بالإبل ، والمواشي التي ذكرت أسماؤها في سورة المائدة ، فجاء الإسلام ،وأبطل ما كانوا عليه من عادات مبتدعة ، وعاب عليهم تصرفهم بعقولهم بغير شرع توجه إليهم، أو تكليف فرض عليهم في قطع الانتفاع ، وإزالة المصلحة التي للعباد في تلك الإبل (3).

ثالثاً: بالنسبة للدليل الثالث لأبي حنيفة، أجيب عنه، بأن التصدق بالمنفعة لا يستلزم بقاء ملكية الموقوف على ملك الواقف؛ لأن الغاية من الصدقة تكمن في تحصيل الثواب، وهو حاصل سواء أبقي الموقوف على ملك صاحبه، أم لم يبق (4).

الرأي المختار

من خلال ما سبق، فإنني أرى أن ما ذهب إليه الجمهور من القول: بلزوم الوقف هو الرأي الراجح، وهو الأولى بالعمل به؛ وذلك لقوة ما استدلوا به، ولاسيما حديث عمر – رضي الله عنه– والذي صرح من خلاله بعدم جواز بيع الوقف، أو هبته، أو التصرف به بأي شكل من أشكال التصرفات الناقلة للملكية، وكذلك لم ينقل عن أحد من الصحابة – رضي الله عنهم – أنه رجع عن وقف وقفه، وهذا إن دل على شيء، فإنه يدل على لزوم الوقف.

ومما يؤكد القول بترجيح رأي الجمهور، أن أبا يوسف صاحب أبي حنيفة كان يقول: بقول أبي حنيفة حتى دخل بغداد، فسمع حديث عمر، فرجع عن قوله، وقال: " لو بلغ هذا أبا حنيفة لرجع عن قوله"(5).

وبعد ترجيح القول بلزوم الوقف، فإن الواقف مجرد أن تبرع بماله بطريق الوقف،يعد المال الموقوف خارجاً عن ملكيته، فلا يجوز له الرجوع عن وقفه، هذا من جانب، ومن جانب أخر لا يجوز له التصرف بالموقوف بأي شكل من أشكال التصرفات الناقلة للملكية، كأن يقوم ببيع المال الموقوف، أو بهبته، أو يوصي به لطرف آخر، وخصوصاً أن المال الموقوف قد انتقلت ملكيته عن الواقف، فعندما يتصرف به، فهو يتصرف بملك غيره، ومن المقرر شرعاً أن الإنسان لا يجوز له

(1) الماوردي، الحاوي الكبير ، ج7، ص 514.

(2) قال تعالى : (ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولكن الذين كفروا يفترون على الله الكذب وأكثرهم لا يعقلون). سورة المائدة ، الآية " 103".

(3)الطبري ، جامع البيان عن تأويل آي القرآن ، ج7، ص 125، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج6، ص 259.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص 193.

(5) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص 41.

التصرف بما لا يملك في غير حالة الضرورة، وحتى في حالة الضرورة، فإن الإنسان إذا استهلك مال غيره، فإنه يعد ضامناً له.

وإذا تصرف الواقف أو غيره بغلة الموقوف بعد وقفه له، فإنه يعد مضموناً في هذه الحالة، وتطبق عليه أحكام الضمان، فإن كان الموقوف موجوداً، ولم يتغير وجب رده؛ ليكون وقفاً على الجهة التي خصص لها؛ ولكي ينتفع منه الموقوف عليهم، ولاسيما أن منافع الموقوف تعد ملكاً لهم يتصرفون بها تصرف المالك بملكه، هذا إذا لم يتغير الوقف، وبقي على وضعه الأصلي.

أما إذا تغير الموقوف، أو هلك، وأصبح غير صالح للانتفاع به، فإن الواقف يضمنه بمثله إن كان له مثل، فإن لم يكن له مثل، فإنه يجب عليه أن يضمن قيمته إذا كان تصرفه قد أدى إلى تغيره بالشكل المذكور.

وكذلك إذا انتفع الواقف بالمال الموقوف، كأن سكن الدار التي وقفها على غيره مدة معينة من الزمن، فإنه يضمن أجرة المثل[1] عن المدة التي قضاها في استيفاء منفعة الدار بالسكن؛ لأنه عطل انتفاع الموقوف عليه بالوقف، خصوصاً أن المنافع تعد ملكاً للموقوف عليه، وليس للواقف، وهذا ما أشرت إليه فيما سبق.

وإذا تصرف الواقف لغيره بالمال الموقوف، كأن أسكن شخصاً الدار الموقوفه، فإن من سكنها يضمن أجرة المثل عن المدة التي قضاها فيها؛ لأنه استوفى المنافع، والتي تعد مملوكة للموقوف عليهم، وإذا حصل نقص في الدار الموقوفة، كأن تم كسر باب، أو نافذة، فإن من سكن الدار إذا ثبت أن النقص حصل في فترة سكنه للدار الموقوفة، فإنه يضمن النقص.

وبالتالي فإن بدل المنافع التي يحكم بضمانها تؤول إلى الموقوف عليهم، باعتبارهم المستحقين لمنافع الأموال الموقوفة، والمالكين لها.

وقبل الانتهاء من الحديث عن تصرف الواقف بالمال الموقوف، ومدى ضمانه لهذا التصرف، لا بد من بيان حالة يجوز من خلالها للواقف أن ينتفع بالمال الموقوف، فما هذه الحالة؟ وهل هناك دليل على جواز هذا الانتفاع؟

الحالة تكمن فيما إذا كان الوقف لعموم المسلمين، وليس لجهة محددة، فعندما يكون الوقف عاماً، عندها يجوز أن يدخل الواقف في جملة عموم المسلمين في الانتفاع بالمال الموقوف، كأن

(1) أجرة المثل: هي الأجرة التي يقدرها أهل الخبرة،والمعرفة السالمين عن الغرض، الخرشي ، حاشية الخرشي ،ج7، ص399،مجلة الأحكام العدلية، المادة 414، ص 46.

يقف أرضاً ،ويبني عليها مسجداً، فإنه يصلي مع بقية المسلمين في هذا المسجد، أو إذا وقف بئراً للماء، فله أن يستقي من البئر إذا تم وقفها للعموم، وذلك كما حصل مع عثمان بن عفان – رضي الله عنه – عندما اشترى بئر رومة[1]، وجعلها وقفاً المسلمين، وجعل دلوه مع دلاء المسلمين[2]، وهذا ما توصلت إليه من خلال الحديث الذي رواه عثمان –رضي الله عنه –عندما قال: قال النبي ﷺ : "من يشتري بئر رومة فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين"[3].

المطلب الثاني: ضمان إتلاف مال الوقف وتعطيل منافعه (التعدي على الوقف)

من المعلوم أن التعدي يعد ركناً أساسياً في الضمان، وهذا ما بينته عند الحديث عن أركان الضمان في الفصل الأول من هذه الرسالة، وهنا أبين صور التعدي على الوقف، ومن ثم لا بد من بيان حكم الضمان للمال الموقوف في حال الاعتداء عليه؛ لجبر الأضرار اللاحقة بالوقف، ولاسيما أن عين المال الموقوف إذا أصيبت بالضرر، فإن ذلك يؤثر سلباً على المنافع، والغلات الناتجة منه، ومنافع الوقف تعد ملكاً للموقوف عليهم؛ فكان الضمان لجبر الضرر الذي لحق بالجهة المستحقة لمنافع المال الموقوف.

من صور التعدي على الوقف: الاعتداء على البناء الموقوف بالهدم:

إذا حصل الاعتداء على البناء الموقوف بالهدم، فإن المتعدي يتوجب عليه ضمان الأضرار التي لحقت بذلك البناء، حيث إنه بفعله هذا أدى إلى تعطيل منافع الوقف عن الجهة المستحقة لتلك المنافع.

أقوال العلماء في ضمان التعدي على الوقف بالهدم:

القول الأول: يجب على من اعتدى على الوقف بالهدم، ثم بنى مكانه بناءً آخر، كالطاحونة أن يقوم بهدم ما بناه، إذا لم يكن في البناء الجديد نفع للوقف، وإعادة البناء الموقوف على الحالة التي كان عليها قبل الهدم، وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية، وبعض المالكية[4].

---

(1) بئر رومة كانت ملكاً ليهودي ، فاشتراها عثمان– رضي الله عنه – وجعلها صدقة على المسلمين، ابن قدامة ، المغني ، ج5 ، ص599.

(2) المصدر السابق، ج5، ص604.

(3) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب: في الشرب، ج2، ص 85.

(4) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص 667، الطرابلسي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، ص60، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج5، ص481، الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة الخليل، ج4، ص 169.

ولا بد من توضيح ذلك من خلال ما ورد عند الحنفية من نصوص، ومن ذلك "أنه إذا استأجر شخص داراً موقوفة، ثم هدمها، وجعلها طاحوناً، أو فرناً، ففي هذه الحالة إذا كان ما بناه فيه نفعٌ للوقف أخذ منه الأجرة، ويبقى ما عمره لجهة الوقف، وهو متبرع بما أنفقه في العمارة، ولا تجب له الأجرة ،وإن لم يكن الذي عمره أنفع ولا أكثر ريعاً، ألزم بهدم ما صنع، وإعادة الوقف على الصفة التي كان عليها"(1). ومن عبارات المالكية في حال الاعتداء على الوقف : " ومن هدم وقفاً فعليه إعادته " (2)

ومن أدلتهم لهذا الرأي:

أولاً: أنه لا يجوز أخذ القيمة؛ لأن أخذها يعتبر كبيع الوقف، ولا يجوز بيعه عند المالكية إلا في حالات ضيقة، ومنها بيع العقار الموقوف؛ لتوسيع مسجدٍ جامع، أو توسيع مقبرة ،أو طريق لمرور الناس(3).

ثانياً: أن إعادة البناء الموقوف يعد أصلح للوقف، وللموقوف عليه.

القول الثاني: أن قيمة البناء الموقوف الذي تم هدمه يشترى بها بدل الوقف الذي تم إتلافه، ويجعل وقفاً مكان الوقف السابق، وهذا ما ذهب إليه جمهور الشافعية(4)، وبعض الحنابلة(5).

وجاء هذا الرأي بناءً على أن الملك في الموقوف ينتقل عندهم إلى حكم ملك الله تعالى.

القول الثالث: يجب على من قام بهدم البناء الموقوف أن يؤدي قيمة الوقف المعتدى عليه، وتصرف القيمة للموقوف عليه، وهذا عند من قال: بأن المال الموقوف يعد ملكاً للموقوف عليه، وذلك عند بعض الشافعية(6)، وبعض الحنابلة(7).

القول الرابع: يجوز أخذ أرش البناء الذي تم هدمه، وذلك كضمان بقية المتلفات، وكيفية الضمان تتم بأن يقوم البناء المتلف قائماً ،ومهدوماً، ويؤخذ ما بين القيمتين، أما بالنسبة لأنقاض الوقف،

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص 667.
(2) الصاوي ، بلغة السالك ، ج4، ص 29..
(3)الصاوي ، بلغة السالك ، ج4 ، ص30، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج5 ص 481.
(4) النووي، روضة الطالبين، ج4، ص 416، الهيتمي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن علي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ضبطه: عبدالله محمود عمر، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط2، 1426-2005، ج2، ص 511، النووي ، منهاج الطالبين ، ج2 ، ص289.
(5) البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 257، ابن قدامة ، الكافي ، ج2، ص 328.
(6)الشيرازي، المهذب ، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي معوض، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، ج2، ص 327، النووي، روضة الطالبين ، الرياض – السعودية ،عالم الكتب ،ط خاصة ، 1423- 2003، ج4، ص 416.
(7) المرداوي ،علاء الدين أبو الحسين علي بن سليمان، الإنصاف ،تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية،ط1، 1376-1957 ،ج7، ص40 ، ابن قدامة، الكافي، ج3، ص 328، ابن قدامة، المغني، ج5، ص 601.

فتبقى على أصلها موقوفة، وهذا الرأي ارتضاه ابن عرفة من المالكية، وهو ظاهر المذهب عندهم. [1].

وحجة أصحاب هذا الرأي، أنه لا يلزم من أخذ القيمة جواز بيعه؛ لأنه أمر جر إليه الحكم، كإتلاف جلد الأضحية، وجزاء الصيد، وهنا يضمن البناء، سواء أكان المتعدي واقفاً، أم موقوفاً عليه، أم أجنبياً[2].

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن ضمان الوقف في حال إتلافه لا يقتصر على هدم البناء الموقوف، وإنما يتعداه إلى الوقف إذا كان منقولاً، وتم إتلافه، وتعطيل منافعه، وذلك كالثياب، والحيوانات الموقوفة [3].

ويستوي في الضمان أن يكون الإتلاف حصل بطريق العمد، أو بطريق الخطأ، كما لو هدم البناء يظنه غير موقوف، ففيه الضمان؛ لأن أموال الغير تعد مضمونة، سواء أكان إتلافها عمداً، أم خطأ؛ من أجل جبر الضررالذي لحق بأصحاب الأموال المعتدى عليها .

والذي أراه أن ما ذهب إليه اصحاب الرأي الثاني، والذي يقضي بضمان الوقف الذي تم الاعتداء عليه بالهدم، ومن ثم يشترى بقيمته بدله، ويجعل وقفاً مكان الوقف الأول، هو الأولى بالعمل؛ لأن حق الموقوف عليهم يكمن في المنافع، والغلات، وليس في عين الوقف، ولاسيما أن عين الوقف تبقى ثابتة على حكم ملك الله تعالى، فلو تم صرف بدل البناء الموقوف الذي تم هدمه إلى الموقوف عليهم، لأدى ذلك إلى إنهاء الوقف، ولاسيما أن غرض الواقف استمرار الثواب، وتعلق حق البطن الثاني، وما بعده بمنافع الوقف، إذا لم يتمكن من إعادة البناء الموقوف إلى وضعه السابق، أما إذا تمكن من إعادته إلى وضعه قبل الهدم،وذلك بناءً على الرأي الأول ، فهو أولى؛ لتحقيق مصلحة الوقف.

---

(1) الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج7، ص 394، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج5 ، ص482.
(2) الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج7 ، ص 394،الدسوقي ، حاشية الدسوقي، ج5، ص482.
(3) الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج7، ص 394، الدردير،أبي البركات أحمد محمد،الشرح الصغير،أخرجه ونسقه مصطفى كمال وصفي، مصر، دار المعارف،ج4،ص 126.

ويستوي في الضمان أن يكون المتلف أجنبياً، أو واقفاً، أو موقوفاً عليه(1). أما الأجنبي؛ فلأنه تصرف بمال لا يملكه، والأصل أن التصرف في ملك الغير يوجب الضمان بقدر ما يحدث من النقص، والضرر.

أما الواقف؛ فلأن المال الموقوف قد خرج من ملكه، فيصبح كالأجنبي في تصرفه بمال غيره.

وبالنسبة للموقوف عليه، فلأن حقه يتعلق بمنافع الموقوف، ولا يملك التصرف برقبة، وعين المال الموقوف.

وبعد تضمين المتعدي يقوم الناظر للوقف بشراء بدل الوقف الذي تم إتلافه، وتعطيل منافعه، ويكون وقفاً مكان الوقف السابق بنفس الشروط؛ حتى يتم انتفاع الموقوف عليهم بمنافعه، كما هو غرض الواقف وهدفه.

الضمان في حال إتلاف الوقف بهدمه في الوقت الحاضر:

من المعلوم لدينا أن الوقف في الزمن الحاضر اختلف عما كان عليه في السابق بما يتعلق بشأن الإشراف عليه، وإدارته، ففي السابق كان الناظر على الوقف يعين من قبل الواقف، فإذا لم يعين الواقف ناظراً، فإن الحاكم يتولى أمر تعيين النظار؛ لإدارة شؤون الوقف، وتنميته، والمحافظة عليه.

أما في الزمن الحالي، فإن أمر إدارة الأموال الموقوفة قد آل إلى وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، وهي تعنى بأمر إدارتها ،وتنميتها، والإشراف عليها، ويوجد في كل منطقة، أو محافظة مؤسسة حكومية تسمى مديرية الأوقاف، وهذه المديريات تابعة للوزارة في قوانينها، وكل ما يصدر عنها من قرارات، وتعد مديرية الأوقاف في كل محافظة بمثابة النائب عن الوزارة، بما يتعلق بإدارة شؤون الوقف، ويعد مدير الأوقاف في كل مديرية ناظراً للوقف، ومسؤولاً عن إدارة الأموال الموقوفة، وتنميتها، والإشراف عليها، ويوكل إلى بعض الموظفين – هو يختارهم– متابعة الأموال الموقوفة، ولاسيما الأوقاف المتفرقة في القرى، والمناطق البعيدة، خصوصاً إذا كان مشغولاً ببعض المهام التي تعيقه عن متابعة جميع الأموال الموقوفة بشخصه، ولكن بالنهاية لا بد أن

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 530؛ المطيعي، تكملة المجموع، ج16، ص 203/200؛ الهيتمي، تحفة المحتاج، ج2، ص 511، الشيرازي، المهذب، ج2، ص 327، النووي، روضة الطالبين، ج4، ص 416.

توضع التقارير عن الأموال الموقوفة أمامه، ومن ثم ينظر فيها؛ لأنه مؤتمن على كل ما يتعلق بالأموال الوقفية الموجودة داخل محافظته.

وإذا حصل إتلاف للمال الموقوف، كأن كان الموقوف بيتاً، وتم هدمه من قبل شخص، فإن المتسبب يلزم بضمانه ، وذلك من خلال الإجراءات القضائية التي تتخذ ضد المعتدي على أموال الوقف.

هذا ومن خلال اللقاء الذي أجريته مع المسؤولين عن إدارة الأموال الوقفية في مديرية الأوقاف في محافظة إربد، تبين لي بأن الاعتداء على الوقف ينقسم من حيث المصدر إلى جهتين:

أولاً: اعتداء فردي، أي: من قبل فرد، أو بعض الأفراد.

ثانياً: الاعتداء من قبل جهة حكومية، كبناء مدرسة في أرض الوقف، أو اعتداء البلدية على الوقف، ولاسيما فيما يخص الشوارع.

الإجراءات التي تتخذها مديرية الأوقاف لرفع الضرر الناتج عن الاعتداءات المذكورة:

تتخذ مديرية الأوقاف ممثلة بمديرها عدة وسائل؛ لرفع الضرر الواقع على الأموال الوقفية ومنها:

أولاً: الحل الودي: وذلك بالاتفاق مع الشخص الذي أحدث الضرر بأن يرفعه، هذا فيما يتعلق بالاعتداء الشخصي، فإذا قام برفع الضرر فبها ونعمت، ولكن هنا لا بد من النظر إلى طبيعة الحل الودي، ونوعه؛ لأنه ليس جميع الحلول الودية، أو الاتفاقية توافق عليها الوزارة بعد أن يرفع الأمر إليها، وأذكر على سبيل المثال أنه حصل في إحدى قرى إربد أنه قام شخص ببناء سور، وكان جزء منه داخل أرض الوقف، فعرض عليه الحل الودي، وذلك بأن يدفع أجرة الأرض الموقوفة*، والتي شغلت بملكه، فوافق على هذا الحل، ثم رفع الأمر إلى الوزارة، ولكنها رفضت، وكان قرارها بهدم السور على نفقته الخاصة.

ثانياً: إذا لم يتم رفع الضرر بالحل الودي، وبقيت أرض الوقف مشغولة بالأملاك الشخصية، فهنا تلجأ مديرية الأوقاف لرفع الأمر إلى الحاكم الإداري (المحافظ) حيث يتخذ الحاكم الإداري إجراءاته؛ من أجل إزالة الاعتداء، وإذا لم ينصع المعتدي على أرض الوقف للأوامر الموجهة إليه، ويرفع الاعتداء، ففي هذه الحالة لا بد من اللجوء للحل الثالث.

ثالثاً: والحل الثالث يتمثل برفع الأمر إلى محكمة الصلح؛ لتتخذ قراراً مناسباً لرفع الاعتـــداء،وإعادة الأمور إلى وضعها الطبيعي(1).

ما سبق بيانه يتعلق بالاعتداءات الفردية على الأملاك الوقفية، أما إذا كان الاعتداء من جهة حكومية ،كبناء مدرسة في أرض موقوفة، أو فتح ،أو تعبيد شارع في أرض الوقف، ففي هذه الحالة إذا أقيمت مدرسة في أرض موقوفة، فإن هذه المشكلة يتم حلها بين وزارة الأوقاف، ووزارة التربية والتعليم ،هذا وقد ذكر لي أحد موظفي مديرية الأوقاف في قسم الأملاك الوقفية أنـــه تبـــين إقامـــة مدرسة على أرض موقوفة، ،فقامت وزارة الأوقاف بمخاطبة التربية بهذا الشأن، وكان ذلك في عام 1976، وطلبت أجرة المثل للقطعة التي أقيمت عليها المدرسة، فتم الاتفاق علـــى أن تـــدفع وزارة التربية أجرة الأرض، وذلك بحسب عقد الإيجار المبرم بين الطرفين، على أن تسلم التربيـــة قطعـــة الأرض للأوقاف متى احتاجت الأوقاف إليها، وبالنسبة للبناء المدرسي الـــذي أقـــيم علـــى القطعـــة الموقوفة، فإنه يؤول إلى الأوقاف.

المطلب الثالث: حكم الضمان في حال إجارة الوقف

إجارة الناظر للمال الموقوف، وضمان مانقص من أجرة المثل* :

يجوز للناظر أن يقوم بإجارة الوقف، باعتباره مسؤولاً عن إدارة شؤون المال الموقوف، بما يحقق الغرض الذي تم الوقف من أجله، والناظر يعد أولى من القاضي بمهمة إجـــارة الوقـــف؛ لأن ولاية الناظر خاصة، بينما ولاية القاضي عامة، ومن القواعد المقررة:" أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"(2).

مقدار الأجرة التي تصلح بدلاً لمنافع الوقف.

بما أن إجارة الوقف تعد ضمن وظائف الناظر، فالأصل أن لا تقل أجرة الوقف عن أجـــرة المثل؛ وبناءً على ذلك، فإن الناظر لا يجوز له أن يتهاون بمقدار أجرة الوقف، كأن تكـــون ناقـــصة عن أجرة المثل نقصاناً بشكل يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمستحقين لمنافع الوقف.

وحتى تتضح الصورة عن هذه الدراسة ارتأيت بيان حكم إجارة الوقف عند الفقهاء، ولاسيما إذا كانت الأجرة تنقص عن أجرة المثل.

---

* يؤخذ بعين الاعتبار عدم بخس الوقف ، وأن تكون الأجرة المأخوذة هي أجرة المثل دون التأثر بأي اعتبار يـــؤثر على مصالح الوقف .

(1) قسم الأملاك الوقفية، مديرية الأوقاف، محافظة اربد.

* إذا حصل تواطؤ بين الناظر والمستأجر على انقاص الأجر وثبت ذلك ، فالضمان عليهمـــا ، النـــاظر لخيانتـــه ، والمستأجر لبخسه.

(2) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص186،187.

الرأي الأول: عدم جواز إجارة الوقف بأقل من أجرة المثل، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[1].

ومن عبارات الحنفية المؤكدة لهذا الرأي، ما ورد في الإسعاف من القول: " الفتوى على أنه: يجب أجرة المثل على كل حال"[2].

هذا وقد جاء في الدر المختار:" أن المتولي إذا أجّر الوقف بأقل من أجرة المثل، فإنه يجب على المستأجر أن يكمل الأجرة حتى يوصلها إلى أجرة مثلها من الأموال" [3].

هذا وقد وصف صاحب الإسعاف المستأجر للمال الموقوف بأقل من أجرة المثل، بأنه غاصب لمنافع الوقف، وهذا يعني أنه يضمن بدل المنافع التي استوفاها من المال الموقوف.

وبالنسبة للناظر، فهل يحكم عليه بالضمان عند الحنفية إذا أجر الوقف بأقل من أجرة المثل ؟

فالحنفية يقولون: بعدم الحكم على الناظر بالضمان في هذه الحالة، وإنما الذي يضمن النقصان عن أجرة المثل المستأجر من الناظر، ولكن الناظر إذا كان على علم بأجرة المثل، وأجره بأقل منه، فإن هذا الفعل يعد خيانةً من الناظر للأمانة التي أوكل إليه القيام بها، ومن لوازم الأمانة أن يحرص على مصلحة الموقوف عليهم عند إجارة الوقف، فإذا تبين تقصيره في النظر بمصالح الوقف، فإنه يعزل ويعين القاضي ناظراً آخر يثق بدينه، وكفايته[4].

الرأي الثاني: إذا أجر الناظر الموقوف بأقل من أجرة المثل، فإنه يضمن ما نقص عنها، هذا إذا كان الناظر مليئاً،أي: قادراً على دفع الضمان، أما إذا لم يتمكن من إتمام أجرة المثل، فإن إتمام النقص يكون على المستأجر، وهذا ما ذهب إليه المالكية[5].

ودليلهم لذلك: أن الناظرهو الذي باشر بإجارة الوقف، فيضمن النقص عن أجرة المثل في حال قدرته على الضمان[6].

---

(1) الطرابلسي، برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ، الإسعاف في أحكام الأوقاف ،مكة المكرمة – مكتبة الطالب الجامعي ، ص 65.

(2) الطرابلسي، الإسعاف، ص 65.

(3) الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، تحقيق :عبد المنعم خليل إبراهيم، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1423–2002، ص 376، ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج4، ص 407، الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، ، ضبطه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، بيروت – لبنان ،دار الكتب العلمية، ط1 ، 1421– 2000، ج2، ص 403.

(4) ابن عابدين، رد المحتار على الدرر المختار، ، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، ، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط2 ، 2003– 1424،ج6، ص 614، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبطه زكريا عميرات ، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية ،ط1، 1418–1997، ج5، ص 400.

(5)الخرشي، حاشية الخرشي، ج7، ص 399، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج5، ص 486.

(6) الخرشي، حاشية الخرشي ،ج7، ص399.

الرأي الثالث: فرق أصحاب هذا الرأي بين حالتين:

أولاً: إذا أجر الموقوف عليه عين المال الموقوف بدون أجرة المثل، فإن ذلك يصح عندهم. وهذا ما ذهب إليه الشافعية[1]، والحنابلة[2]. وهذا الحق يثبت للموقوف عليه إذا كان معيناً.

ثانياً: إذا أجر الناظر المال الموقوف بأقل من أجرة المثل ،فلا يصح ذلك ،وهذا ما ذهب إليه الشافعية[3].

وجهة نظر أصحاب هذا الرأي:

يعلل الشافعية، والحنابلة التفريق بين الحالتين السابقتين؛ بأن الموقوف عليه يتصرف في حقه، حيث إن منافع الموقوف تعد ملكاً خالصاً للموقوف عليه[4]؛ولذا فإن له أن يتنازل عن جزء من حقه، ويؤجر عين المال الموقوف بأقل من أجرة مثلها ، بينما الناظر لا يملك شيئاً من منافع الوقف، ومهمته تتعلق بإدارة الوقف، وتنميته، والمحافظة عليه[5]، ويتقاضى أجراً محدداً مقابل القيام بأعمال الوقف، كما هو الحال في الزمن الحاضر، فإن الناظر يتقاضى راتباً شهرياً مقابل أعماله؛ لذا يتوجب عليه أن يحرص على تحقيق مصالح الموقوف عليهم عند إجارته لمال الوقف.

الرأي الرابع: إذا أجر الناظر بأقل من أجرة المثل، فإنه يضمن ما نقص عن ذلك، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة[6].

وذلك لأن الناظر يتصرف في مال غيره على وجه الحظ، أي: المصلحة، وذلك قياساً على الوكيل إذا أجر الموكل فيه بدون أجرة المثل، فإنه يضمن في هذه الحالة[7].

من خلال العرض السابق لآراء الفقهاء في إجارة الوقف، وحكم الضمان في حال نقصان أجرة الموقوف عن أجرة المثل، وجدت أن جميع الفقهاء ذهبوا إلى القول: بوجوب إجارة الوقف بأجرة مثله من الأموال، وأن لا تقل عن ذلك بشكل يؤدي إلى إلحاق الضرر بمستحقي منافع الوقف.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 533.
(2) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج4، ص 340، البهوتي ، كشاف القناع ، ج4، ص269.
(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 533.
(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 528-533، الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص 403،ابن قدامة، الكافي،ج2،ص328.
(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 535، الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج4، ص334.
(6) البهوتي،شرح منتهى الإرادات،ج2،ص416، الرحيباني، مطالب أولي النهى ، ج4، ص 340، البهوتي ، كشاف القناع ، ج4 ، ص269.
(7) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، بيروت- لبنان، عالم الكتب ، ط2، 1416-1996، ج2، ص416، الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج4 ، ص 340.

أما فيما يتعلق بضمان النقصان عن أجرة المثل، فإنني توصلت من خلال الدراسة، والتتبع لهذا الموضوع في مظانه، بأن الناظر يضمن ما نقص عن أجر المثل، وذلك عند الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة بحسب التفصيل الذي بينته سابقاً، حيث إن مصلحة الموقوف عليهم تتطلب أن لا يقل أجر الوقف عن أجرة المثل، إلا إذا كان النقصان يسيراً، ويتم التسامح به.

وبالنسبة للحنفية فقد ذكرت أنهم يحكمون بالضمان على مستأجر الوقف إذا كانت الأجرة أقل من أجرة المثل، وذلك بأن يضمن تمام أجرة المثل.

والذي أراه مناسباً لتحقيق مصالح الوقف، ومصالح الموقوف عليهم، أن أجرة الوقف إذا نقصت عن أجرة المثل، فلا بد أن يكون هذا النقص مضموناً، وبالتالي يجب على الناظر باعتباره مسؤولاً عن إدارة شؤون الوقف، والنظر له بعين المصلحة أن يطالب المستأجر بتمام الأجرة حتى يوصلها إلى أجرة المثل، هذا إذا كان المستأجر قادراً على الوفاء، أما إذا لم يقدر، وكان الناظر مليئاً، فعليه في هذه الحالة ضمان ما نقص عن أجرة المثل؛ لأنه المسؤول بالدرجة الأولى عن إجارة الوقف، وإذا ضمن الناظر النقص في أجرة الوقف ،فله أن يرجع على المستأجر فيما ضمنه لتمام أجرة المثل.

وفي الزمن الحاضر ومع تغير الأحوال، والظروف، فإن مهمة إدارة الأموال الموقوفة قد آلت إلى وزارة الأوقاف، فالوزارة هي الناظر الرئيس على الوقف، والمتولي لإدارة شؤونه، وتنيب الوزارة المديريات المتعددة، والموجودة في مختلف أنحاء المملكة الأردنية الهاشمية بالقيام بوظائف الوقف، كل مديرية لها إدارتها الخاصة بها، وهذا ما أشرت إليه في موطن سابق من الرسالة، وبالتالي يعد مدير الأوقاف هو الناظر، والمسؤول عن كل ما يتعلق بالأموال الموقوفة داخل المحافظة، ومن مهامه الإشراف على عملية إجارة الأموال الموقوفة.

ومعظم الأموال الوقفية التي تخضع للإجارة في الوقت الحاضر، تتمثل في العمارات، والمحلات التجارية، وتقوم مديرية الأوقاف باستغلالها بطريق الإجارة؛ لذا وبناءً على ما سبق، فإن المديرية ممثلة بالمسؤول عن إدارتها يجب عليها أن تحرص كل الحرص على أن تكون الإجارة بأجرة مماثلة لأجرة مثلها من العمارات، والمحلات التجارية، وهذا ما تحرص عليه مديريات الأوقاف التابعة للوزارة ، وذلك من خلال المزاد العلني ؛ لتأجير الأموال الوقفية ، وهذا ما سأبينه في الصفحات القادمة – بمشيئة الله تعالى– فإذا نقصت أجرة تلك المحلات ، والعمارات الموقوفة عن أجرة مثلها ، فإن الضمان يثبت في هذه الحالة كما ذكرت سابقاً.

هذا فيما يتعلق بضمان النقصان عن أجرة المثل بشكل يؤدي إلى إلحاق الضرر بالوقف، وبحقوق الموقوف عليهم، أما فيما يتعلق بالأضرار التي يحدثها المستأجر في البنايات الموقوفة، فإذا ثبت أن هذا النقص الحاصل، والأضرار الحادثة من فعله، فإنه يضمن قيمة الأضرار، أو يؤمر بإصلاح الضرر الذي أحدثه بحيث يعيد الأمور إلى وضعها السابق، وذلك بأن يقوم بإصلاح أدوات الكهرباء، أو المواسير، أو الأبواب، أو أدوات المطبخ، إذا كان الضرر،والنقص الحاصل فيها من فعل المستأجر؛ لأن أي ضرر يحدثه الإنسان في ملك الغير، فإنه يجبر بطريق الضمان. ويعمل بالحكم السابق إذا كان الإصلاح يعيد المبنى أو الموقوف إلى ما كان عليه ، أما إذا كان التخريب ينقص قيمة الموقوف ولو تم الإصلاح ، كالسيارة الموقوفة ، فإنه يضمن أرش النقص مع الإصلاح لها .

المطلب الرابع: ضمان الوقف في حال الغصب:

الغصب هو: استيلاء الإنسان على مال غيره بغير حق، وهو يشمل المنقول، والعقار(*)(1).

من خلال التتبع لموضوع الغصب في كتب الفقه، تبين لي أنه من غصب مال غيره، فإنه يجب عليه الضمان ،وذلك برده إذا لم يتغير، أما إذا تلف أثناء غصبه، أو أتلف، فإنه يجب ضمانه على الغاصب في جميع الحالات، حتى وإن كان التلف بسبب أجنبي، أو بآفة سماوية؛ وذلك لأن يده تعد يد ضمان منذ غصبه له.

أحوال الموقوف عند استرداده من الغاصب:

إن المال الموقوف الذي يتعرض للغصب عندما يسترد من الغاصب، فإنه لا يخلو من حالتين:

أولاً: عدم تغير المال الموقوف الذي تعرض للغصب، أي: بقاؤه على حالته يوم أن تعرض للغصب من تغيير أو نقص .

(*) الغصب في العقار يثبت عند الجمهور ،ومحمد بن الحسن، وأبي يوسف في قوله الأول، المرغيناني ، الهداية ، ج4 ، ص12-13 ، ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج2، ص237،الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2،ص373، ابن قدامة ، المغني ، ج5 ، ص241.

(1) ابن قدامة، الكافي، ج2، ص 279.

ثانياً: استغلال الغاصب للأرض الموقوفة بالبناء، أو الغرس، وفيه حالتان : الأولى : إذا لم يضر رفع البناء وقلع الأشجار بالأرض الموقوفة . الثانية : تضرر الأرض برفع البناء وقلع الأشجار .

أولاً: حكم الضمان في حال عدم تغير الأرض المغصوبة

في هذه الحالة يتم استرداد الموقوف دون الحكم بالضمان على الغاصب، ما دام أنه باق على حالته دون أن يتعرض للنقص، أو التلف، ولكن إذا كان الموقوف الذي تعرض للغصب يصلح لأن يؤجر، وتستوفي منافعه بمقابل، فإن الغاصب في هذه الحالة يضمن أجرة المثل عن المدة الزمنية التي كان فيها الموقوف تحت يده(1). فمن غصب داراً، وبقيت تحت يده لمدة ثلاثة أشهر ، فعليه أجرة المثل عن المدة الزمنية المذكورة؛ لأنه بفعله هذا يكون قد عطل منافع الوقف، وبالتالي أدى إلى إلحاق الضرر بمستحقي منافع الوقف.

وهنا يجب على الغاصب ضمان منافع، وغلات الوقف؛ لأن المنافع تعد أموالاً كالأعيان، ولاسيما أن الأعيان إنما يحرص عليها أصحابها؛ لأجل المنافع التي تستوفى منها؛ وبناءً على ذلك فإن أحكام الضمان تجري على المنافع كما تجري على الأعيان، وهذا ما عليه الجمهور من المالكية(2)، والشافعية(3)، والحنابلة(4).

وأما الحنفية: وإن كانوا لا يقولون بضمان المنافع؛ لأنها لا تعد أموالاً في نظرهم؛ لأنها لا تحصل دفعة واحدة، وإنما تحصل على دفعات، أي: أنها تكون معدومة عند العقد، إلا أن المتأخرين من الحنفية ذهبوا إلى القول: بضمان منافع المال الموقوف(5).

وحجتهم في ضمان منافع الوقف: تنبثق من النظر المصلحي للوقف، فكل شيء فيه مصلحة للوقف ،وللمستحقين،فإنه يحكم به بما يحقق تلك المصلحة، والمصلحة تكمن في تضمين الغاصب لمنافع الوقف، ومن جانب آخر صيانة للوقف عن أيدي الظلمة(6).

---

(1)الإسعاف، ص 62، الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 386، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 391. ابن قدامة، المغني، ج5، ص 246 .

(2) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج3، ص377، ص472، ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج2، ص241.

(3) النووي، روضة الطالبين، ج4، ص 103،الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2، ص 386-387.

(4) ابن قدامة، الكافي، ج2، ص 290، ابن قدامة ، المغني ، ج5، ص 292.

(5) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص 540، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص340.

(6) داما أفندي ، عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان ، مجمع الأنهرفي شرح ملتقى الأبحر، المطبعة العثمانية، 1305، ج1، ص 350.

ثانياً: استغلال الغاصب للأرض الموقوفة بالبناء، أو الغرس

إن استغلال الغاصب للأرض الموقوفة بالشكل المذكور يعني أن الأرض بعد استردادها تعتريها حالتان:

الحالة الأولى: إذا لم يضر رفع البناء، وقلع الأشجار بالأرض الموقوفة.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: يكلف الغاصب برفع البناء، وقلع الأشجار،وتسوية الحفر، ورد الأرض المغصوبة إلى ما كانت عليه، وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية(1)، والشافعية(2)، والحنابلة(3).

الرأي الثاني: يخير المغصوب منه بين استرداد الأرض المغصوبة، وما فيها من بناء، أو غرس، ودفع قيمة البناء منقوضاً، أو الغرس مقلوعاً، وذلك بعد إسقاط كلفة الأجرة، إذا استؤجر شخص لإزالة البناء، والغرس، وبين أمر الغاصب بتسوية الأرض بعد أن يهدم ما بناه، أو يقلع ما غرسه، وهذا ما ذهب إليه المالكية(4).

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بتكليف الغاصب بقلع الاشجار، ورفع البناء، بعدد من الأدلة من السنة، والمعقول وهي:

أولاً: السنة: عن سعيد بن زيد- رضي الله عنه- عن النبي ﷺ، قال: " ليس لعرق ظالم حق"(5).

وجه الدلالة: الحديث ورد فيمن غصب أرضاً فغرس بها، أو بنى، فإنه يطالب بالقلع؛ لأن ملك صاحب الأرض باق، وكذلك فإن الأرض لم تصر مستهلكه، والغصب لا يتحقق فيها"وذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف"(*)؛ وبناءً على ذلك يؤمر الشاغل للأرض بتفريغها، وردها لصاحبها. (6).

---

(1) الإسعاف، ص 61، المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج4، ص 17، الحصكفي، الدر المختار، ص 616، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 329.

(2) المطيعي، تكملة المجموع، ج 14، ص 254، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 391.

(3) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 242، ابن مفلح، محمد بن مفلح المقدسي، الفروع،تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي،بيروت- لبنان ، الرسالة، ط1، 1424-2003،ج7، ص 231.

(4) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 239، الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 376-377.

(5) البيهقي، السنن الكبرى، الحديث:" 11733"، ج6، ص 158.

(*) يرى الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وعند محمد بن الحسن،وأبي يوسف في قوله الأول، أن الغصب يتحقق في العقار. الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 377، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص373، ابن قدامة، المغني، ج5، ص 244، المرغيناني، الهداية، ج4، ص 12.

(6). المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج4، ص 17، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 329، الزيلعي، نصب الراية، ج4، ص 414، ابن قدامة، المغني، ج5، ص 243.

ثانياً: المعقول: إن الغاصب شغل ملك غيره بملكه، وهذا التصرف بغير إذن صاحب الملك، فلزمه تفريغه، كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه(1).

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون بتخيير المغصوب منه بين الاسترداد، وبين أمر الغاصب بتسوية الأرض بعد الهدم، والقلع، بما يأتي:

أن الغاصب إذا هدم ما بناه لم يكن للمغصوب منه أن يأخذه بالقيمة بعد الهدم، ولذلك كان بالخيار بين أمر الغاصب بالقلع ،أو الهدم ،وبين أن يدفع للغاصب قيمة البناء منقوضاً ويتملكه(2).

ولا يفوتني أن أبين في هذا المجال أن الغاصب يجب عليه ضمان أجرة الأرض منذ أن غصبها إلى وقت التسليم(3)؛ وذلك لأن الغاصب يؤمر بضمان المنافع، سواء استوفى المنافع، أم تركها حتى لو كان هلاكها، أو تلفها بآفة سماوية؛ لأنها هلكت تحت يده العادية، فكان عليه ضمان المنافع كالأعيان.

وقد يبدو القول السابق متناقضاً مع قاعدة فقهية معروفة ومفادها: " أن الأجر والضمان لا يجتمعان"(4).

وهذه القاعدة معمول بها عند الحنفية، ولا يتبناها جمهور المذاهب الفقهية الأخرى، أي :أنه يجتمع في نظرهم الأجر، والضمان(5).

فالحنفية بناءً على تبنيهم هذه القاعدة، يقولون: بعدم ضمان الغاصب لمنافع المغصوب؛ لكون الغاصب يجب عليه ضمان المال المغصوب، فلا يجتمع عندهم ضمان الشيء، وضمان منافعه،وخصوصاً أنها أعراض تحصل شيئاً فشيئاً، ولا تماثل الأعيان؛ لسرعة فنائها وبقاء الأعيان(6).

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج4، ص 17، ،الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 329، ابن قدامة، المغني، ج5، ص 243.
(2) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج2، ص 144.
(3) ابن قدامة ، المغني ، ج5 ،ص246
(4) مجلة الأحكام العدلية، القاعدة، رقم المادة" 86"،الندوي،موسوعة القواعد والضوابط الفقهية ،الرياض- شركة الراجحي المصرفية للإستثمار،ط،1419-1999، ج1، ص463.
(5)ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،ج2، ص 241،الشربيني، مغني المحتاج ،ج2 ،ص386-387،ابن قدامة ، المغني، ج5، ص 292، الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج2، ص 1036.
(6) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج4 ، ص20،الموصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، ج3، ص64.

ولكن يمكن الخروج من هذا الحكم القاضي بعدم اجتماع الأجر، والضمان إلى القول: باجتماعهما، وذلك من خلال الرجوع إلى قول متأخري الحنفية الذين أفتوا بضمان منافع الموقوف إذا تعرض للغصب[1].

وهذا يعني أن متأخري الحنفية اتفق رأيهم مع الجمهور بتضمين الغاصب عقار الوقف إذا تضرر، وأصبح غير صالح للانتفاع به، بالإضافة إلى تضمين الغاصب أجرة المثل عن المنافع التي استوفاها بلا حق، ولا مسوغ شرعي.

أما بالنسبة للرأي الذي أراه راجحاً في هذه المسألة ، فهو ما ذهب إليه الجمهور ، والذي يقضي برد الأرض الموقوفة إذا تعرضت للغصب ،وخصوصاً أنها لم تتعرض للنقصان ، هذا وقد ارتأيت ترجيح هذا الرأي ؛ لقوة الأدلة التي استند إليها ، ووجاهتها في الدلالة على حكم المسألة المذكورة ،ومن جانب آخر، فإن مصلحة الموقوف عليهم تقتضي الحكم برد الأرض الموقوفة التي تعرضت للغصب ؛ من أجل أن تعود وقفاً ،كما كانت قبل تعرضها للغصب .

الحالة الثانية : تضرر الأرض الموقوفة برفع البناء، وقلع الغراس حال الغصب.

إذا كان رفع البناء، وقلع الأشجار يضر بالأرض، ويؤدي إلى نقصها، ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء على ثلاثة آراء.

الرأي الأول: ليس على الغاصب أن يرفع البناء، ولا أن يقلع الغراس، وإنما يتركها في مكانها، ويضمن القيم" الناظر" له قيمة الغراس مقلوعاً، والبناء مرفوعاً، والضمان يكون من غلة الوقف، إذا كان للوقف غلة بيد المتولي–الناظر– تكفي للضمان، وإن لم تكن هناك غلة كافية للضمان، فإن المتولي يقوم بإجارة الوقف؛ ليوفي للغاصب قيمة البناء ، والغراس، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[2]، والحنابلة في رواية[3].

---

(1) منلا خسرو، درر الحكام، ج2، ص 139، داما افندي ،مجمع الأنهر، ج1، ص 350. ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص 540.
(2) المرغيناني، الهداية، ج4، ص 17، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، ص 405، ابن عابدين، رد المحتار، ج9، ص 284، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 329.
(3) المرداوي، الإنصاف ، ج6، ص 134.

الرأي الثاني: يؤمر الغاصب بقلع الغرس ، ونقض البناء،وتسوية الأرض ،وأرش النقص، وإذا كان المغصوب يؤجر مثله، فإنه يجب على الغاصب أجرة المثل عن المدة التي بقيت الأرض الموقوفة تحت يد الغاصب، وهذا ما ذهب إليه الشافعية[1]، وجمهور الحنابلة[2].

الرأي الثالث: يخير المغصوب منه بين استرداد الأرض، وأرش النقص، وبين أن يضمن الغاصب قيمة الأرض كاملة، ويسلمه إياها، وهذا ما ذهب إليه المالكية [3].

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بعدم هدم البناء، وقلع الأشجار، وضمان القيم لقيمتها بعدد من الأدلة من السنة،والآثار، وهي:

أولاً: السنة: عن ابن عباس –رضي الله عنهما– أن النبي ﷺ قال: " لا ضرر ولا ضرار"[4].

وجه الدلالة: أن الحكم ببقاء الغرس، أو البناء في الأرض الموقوفة التي تم غصبها، وضمان الناظر قيمة البناء، أو الغرس للغاصب، هذا الحكم فيه نظر للطرفين، ودفع الضرر عنهما[5]. فالأرض تبقى على أصلها، أي: موقوفة؛ لينتفع بها الموقوف عليهم ، والغاصب يأخذ بدل غرسه ، أو بنائه .

ثانياً: الأثر: روى مجاهد أن رجلاً غصب أرضاً، فغرس فيها نخلاً، فرفع الأمر إلى عمر ابن الخطاب –رضي الله عنه– فقال لهم: " إن شئتم فادفعوا إليه قيمة النخل " هذا الأثر وجدته بهذه الصيغة عند الشافعية [6]، وهم مخالفون للحنفية في رأيهم ، ولكن عندما نظرت في مصادر الحنفية وجدت أثراً يرويه عمرو بن شعيب عن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه – (قال في رجل بنى في دار بناءً ، ثم جاء أهلها فاستحقوها، قال :" إن كان بنى بأمرهم فله نفقته ، وإن كان بنى بغير إذنهم

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 391، الشيرازي، المهذب، ج2، ص 203.
(2) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 247، المرداوي، الأنصاف، ج6، ص 134.
(3) ابن جزي،أبو القاسم محمد، القوانين الفقهية ، ص217، ابن رشد ، المقدمات الممهدات ، ج2، ص143.
(4) سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت– لبنان، دار الكتب العلمية، رقمه "2341"، ج2، ص 784. وورد الحديث من رواية عبادة بن الصامت ، وإسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع ؛ لأن في سنده إسحاق بن الوليد ، وهو لم يدرك عبادة بن الصامت ، المصدر السابق ،ج2، ص748.
(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 329.
(6) الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج7، ص 167–168.

فله نقضه"[1]. وورد عن عمر بن عبد العزيز –رضي الله عنه– أنه كتب بمثل ذلك فيمن بنى في دار قوم ، أو غرس في أرض قوم بمثل ذلك على سواء .

وجه الدلالة: يدل قول عمر –رضي الله عنه – في الأثر الأول على إبقاء النخيل في الأرض المغصوبة ، وخصوصاً إذا كان قلعه يؤدي إلى إلحاق الضرر بالأرض، على أن تدفع قيمة النخل لمن غرسه .

وبالنسبة للأثر الثاني الذي تم نقله من مصادر الحنفية عن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه – فالأثر لم يحدد إذا كانت الأرض موقوفة، أم لا ، والظاهر أنه ورد في البناء في أرض مملوكة ، أما إذا تم تطبيقه على البناء في أرض موقوفة ، فإن المصلحة تقتضي إبقاء ما بني ، أو غرس في الأرض على أن يقوم الناظر بدفع نفقاته للغاصب ، ولا سيما أن رفع البناء ، وقلع الغرس يضر في هذه الحالة بالوقف ، وبحق الموقوف عليه ، أو عليهم .

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون برد الأرض المغصوبة، وأرش النقص بعدد من الأدلة من السنة، والمعقول، وهي:

أولاً:السنة: عن يحيى بن عروة عن أبيه قال: قال ﷺ :" من أحيا أرضاً ميتة فهي له ،وليس لعرق ظالم حق"*. قال: "فاختصم رجلان من بياضة إلى رسول الله ﷺ، غرس أحدهما نخلاً بأرض الآخر فقضى رسول الله ﷺ لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها، قال عروة: "فلقد أخبرني الذين حدثني قال: رأيتها وإنه ليضرب في أصولها بالفؤوس، وأنه لنخل عم* حتى أخرجت[2].

---

(1) الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط2، 1407هـ – 1987، ج4، ص 119.

(*) قال مالك : العرق الظالم : كل ما احتفر ، أو أخذ، أو غرس بغير حق، مالك بن أنس ، الموطأ ، تحقيق : محمد مصطفى الأعظمي،أبو ظبي – دولة الإمارات العربية المتحدة ، مؤسسة زايد بن سلطان للأعمال الخيرية والإنسانية ، ط1، 1425ه–2004م، ج4، ص1076.

(*) النخل العم بضم العين ، أي : الطوال ، وهو النخل الآخذ في الإرتفاع ،ابن قدامة ، المغني ،ج5 ، ص 243.

(2) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الغصب، باب: ليس لعرق ظالم حق، رقم الحديث " 11734 "،ج6، ص158،.قال الترمذي :حديث حسن غريب ، وذلك من رواية سعيد بن زيد ، جامع الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ، رقم " 1378" ، ص 242.

وجه الدلالة: يدل الحديث على بقاء ملكية الأرض لصاحبها، وبالتالي يجب ردها لصاحبها بعد تفريغها مما شغلها به، ولم يجعل لرب الأرض خيار، ولو استحق خياراً لأعلمه به النبي ﷺ [1]؛ وبناءً على ذلك فإن الأرض الموقوفة إذا تعرضت للغصب، واستغلت بالبناء، أو الغرس، فإن الغاصب يتوجب عليه قلع الغرس، وهدم البناء، وتسوية الأرض؛ لتعود وقفاً على الجهات المخصصة للانتفاع بها.

ثانياً: المعقول:

1- إن الغصب يعد اعتداءً على مال، وهذا المال فيه الأرش دون قيمته، فلم يملك المطالبة بجميع القيمة، ولأنه جناية تنقص بها القيمة، فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها[2].

2- إن هذا الفعل عدوان، فلا تملك به الأعيان المنفصلة، فوجب أن لا تملك الأعيان المتصلة[3].

دليل أصحاب الرأي الثالث:

احتج القائلون بالتخيير بين استرداد الأرض ، وأرش النقص ، وبين تضمين الغاصب قيمة الأرض كاملة، بما يأتي:

أن الغاصب فوت منفعة الأرض في حال ثبوتها تحت يده ، فيضمن قيمتها ، وذلك كما لو عطل منفعة جميع الأرض[4]،إلا إذا أراد المغصوب منه استرداد الأرض مع تضمين الغاصب قيمة النقص الذي حصل للأرض أثناء وقوعها تحت يده ، والخيار الأخير يؤيده حديث رسول الله ﷺ "ليس لعرق ظالم حق ".

مناقشة الأدلة:

مناقشة أدلة اصحاب الرأي الأول:

ناقش القائلون بهدم البناء ، وقلع الغراس ، ورد الأرض أدلة القائلين بدفع قيمة البناء ، والغراس للغاصب بما يأتي :

أولاً: بالنسبة لحديث: لا ضرر ولا ضرار" قالوا: بأن رفع الضرر مستحق، ولكن ليس بتملك العين[5]

---

(1) المطيعي، تكملة المجموع، ج 14، ص 255، الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 167.
(2) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 247.
(3) الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص167
(4) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج2 ، ص240.
(5) الماوردي، الحاوي الكبير، ص 7، ص 167، المطيعي، تكملة المجموع، ج14، ص 255

ثانيـــاً: أما بالنسبة لقصة عمر – رضي الله عنه– فهي مرسلة؛ لأن مجاهداً لم يلق عمر ،ثم قالوا: لا دليل فيها من وجهين[1]:

الأول: أنها قضية في عين إن لم تنقل شرعاً لم تلزم حكماً.

الثاني: قول عمر: "إن شئتم فادفعوا قيمة النخل" بعد أن طلب صاحبها ذلك، وهـــذا عنـــدنا جائز، أي عند الشافعي، ومن وافقه في رأيه، وهذه المناقشة من الشافعية للأثر المذكور عن عمر – رضي الله عنه – وذلك على فرض صحة نقلهم للأثر كما ورد ، مع أنني بينت فيما سبق أن الأثـــر المنقول عن عمر جاء بصيغة أخرى بالرواية عن عمرو بن شعيب .

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني:

ناقش القائلون بدفع قيمة البناء ، والغراس للغاصب أدلـــة القـــائلين بالهـــدم ، والقلـــع، ورد الأرض بما يأتي :

أولاً: بالنسبة لاستدلالهم بحديث:" ليس لعرق ظالم حق"

ورد أن الترمذي قال عنه: بأنه حسن غريب، وقد رواه جماعة عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً، منهم مالك في الموطأ[2]، قال ابن عبد البر: أرسله جميع الرواة عن مالك لا يختلفـــون فـــي ذلك[3]، وأخرجه النسائي عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة مرسلاً، وقال الدار قطني في كتاب العلل: تفرد به عبد الوهاب الثقفي عن أيوب عن هشام عن أبيه عن سعيد بن زيد[4].

ولكن يمكن الرد: بأن الحديث روي من طرق مرفوعاً، وبذلك يعمل به[5].

ثانياً: بالنسبة لاستدلالهم بأن هذا الفعل عدوان، هذا القول صحيح، ولكن يمكن القول: بـــأن الأرض الموقوفة التي تعرضت للغصب لا يجوز أن تبقى تحت يد الغاصب، وإنما يجب أن تعـــود لوضعها الطبيعي، وتكون وقفاً، وتبقى فيها الأبنية، والأشجار موقوفـــة، ويـــدفع النـــاظر قيمتهـــا للغاصب.

---

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 167 – 168؛ المطيعي، تكملة المجموع، ج14، ص 255.

(2) الترمذي ، جامع الترمذي ، كتاب الأحكام ، ص 242، مالك ، الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في عمارة الموات ، رقم " 2750" ، ج4، ص 1076.

(3)ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله ، الاستذكار ، تحقيق: حسان عبد المنان، محمود أحمد القيسية ، أبـــو ظبي _ مؤسسة النداء ، ط4، 1423–2003، ج8، ص144.

(4) نقلاً عن الزيلعي، نصب الراية، ج4، ص 414–415 .

(5) الزيلعي، نصب الراية، ج4، ص 414–415 .

الرأي المختار:

بعد عرض الآراء في مسألة غصب الأرض الموقوفة، واستغلالها بالغرس، أو البناء،وسوق الأدلة ، ومناقشتها، فإنني أميل إلى ما ذهب إليه الجمهور، والقائلون: بوجوب ردِّ الأرض، وضمان أرش النقص الذي تسبب به الغاصب عند تصرفه بالأرض الموقوفة؛ وذلك لقوة الأدلة التي استدلوا بها على هذا الرأي، ومن جهة أخرى، فإن الأرض الموقوفة لا زالت باقية، وهي التي وقع عليها الإختيار من بداية الأمر لأن تكون وقفاً؛ وبناءً على ذلك، فإنني أرى أن المصلحة للوقف، ولمستحقي الوقف، إنما تكمن في رد الأرض الموقوفة التي وقع عليها الغصب، وإذا حصل نقص أثناء قلع الأشجار المغروسة، ورفع البناء، فإن الغاصب يلزم بضمان النقص الحاصل؛ لجبر الأضرار المترتبة على ذلك. هذا إذا لم تكن الأرض مشغولة بمبان كلفتها عالية جداً ، وكذلك إذا لم تكن الأرض مشغولة بأشجار وصلت إلى مرحلة تدر بثمارها غلة للموقوف عليه ، أما إذا كانت مشغولة بمبان وأشجار مثمرة ، فهنا تبقى المباني والأشجار في الأرض الموقوفة ؛ من أجل مصلحة الموقوف عليهم ، وبالتالي يتم دفع ثمن البناء ، أو الغراس لمن قام به .

ولا يفوتني هنا أن أشير إلى أمر كنت قد بينته سابقاً، وهو أن الأرض الموقوفة التي تعرضت للغصب، يجب تضمين الغاصب أجرة مثلها عن المدة الزمنية التي بقيت فيها الأرض تحت يده.

وفي الزمن الحاضر إذا وضع شخص يده على أرض موقوفة، وقام بزراعتها، أو البناء عليها، فإن الناظر في تلك المنطقة، وهو مدير الأوقاف، والذي أوكل إليه الإشراف على الأموال الموقوفة من قبل وزارة الأوقاف يتوجب عليه أن يسارع بمطالبة الغاصب برفع يده عن الأرض الموقوفة، وإزالة ما شغلها به، وهذا الأمر يكون بتصرف رسمي، بأن يرفع مدير الأوقاف الأمر إلى الحاكم الإداري" المحافظ"، ومن ثم يوجه الحاكم إنذاراً إلى من وضع يده على الأرض الموقوفة؛ ليردها إلى وضعها السابق، وإلا فتتبع معه الإجراءات العقابية، ولاسيما إذا رفض تنفيذ الأوامر الموجهة إليه، أو تباطأ بتنفيذها.

ومن خلال اللقاءات التي أجريتها مع المسؤولين عن إدارة الأموال الوقفية في مديرية الأوقاف في محافظة إربد، ذكرت لي بعض صور الغصب لأراضي الوقف، ومنها أن يقوم شخص ببناء سور حول أرضه، ويتبين فيما بعد بأن جزءاً من السور في أرض الوقف، فهنا يطالب صاحب

السور بهدمه، باعتباره متعدياً على أرض موقوفة[1] ، وتطبق عليه الأحكام التي ذكرتها قبل قليـــل، بأن يوجه إليه إنذار رسمي؛ لإزالة البناء، أو السور الذي أحدثه في أرض الوقف.

والحكم السابق يعمل به إذا تدارك الناظر الأمر من بداية الغرس والبناء ، أما بعد أن يثمـــر أو تشيد العمارة ، فالأولى أن تدفع قيمة الأشجار والمباني ، لتكون وقفاً مع الأرض.

وفيما يلي صورة لنموذج توضح الحكم المذكور سابقاً .

(1) قسم الأملاك الوقفية ، مديرية الأوقاف ، إربد ، المملكة الأردنية الهاشمية" مقابلة شخصية ".

:

من خلال النظر، والبحث في المصنفات ،والمصادر الفقهية، وجدت أن الفقهاء متفقون على أن يد الناظر على الأموال الموقوفة تعد يد أمانة؛ وبناءً على ذلك ،فإن الناظر لا يضمن ما يتلف، أو يهلك من أموال الوقف، إلا إذا حصل منه تعد، أو تفريط في الحفظ، وقد بينت في الفصل الأول من هذه الرسالة أن الأمين لا يضمن ما تحت يده، إلا إذا تعدى، أو فرط في الحفظ. [1]

ومع أن الناظر لا يضمن ما تحت يده من أموال، باعتباره مؤتمناً عليها، إلا أن هذا لا يعني رفع المسؤولية عن الناظر بشكل مطلق، ولاسيما أن النظار متفاوتون في أمانتهم، ومدى حرصهم على مصالح أموال الوقف، وخصوصاً في الزمن الحاضر، فإن بعض الأفراد قل تورعهم في صيانة الأموال التي تحت أيديهم، وقد تجد منهم من يستغل أموال الأوقاف لمصالحه الشخصية.

لهذا كله ارتأيت أن أتحدث عن الحالات التي يضمن فيها الناظر أموال الوقف، إذا استغلها لمصالحه الشخصية، أو قصر في المحافظة عليها.

الحالات التي يضمن فيها الناظر المال الموقوف

قد بينت فيما سبق أن الناظر يعد أميناً على الأموال التي تحت يده، ومع ذلك فإن هناك بعض التصرفات الصادرة عن ناظر الوقف توجب عليه أن يضمن أموال الوقف، إذا كان تصرفه فيه إضرار بمصالح الوقف.

ومن الحالات التي يضمن فيها الناظر مال الوقف ما يأتي:

الحالة الأولى: إجارة الناظر دار الوقف:

---

(1) ص 34 من الفصل الأول من هذه الرسالة .

إذا أجر الناظر دار الوقف، بحيث كانت الأجرة أقل من أجرة مثلها من الدور، فإن النـــاظر يضمن ما نقص عن أجرة المثل، وذلك عند المالكية، والشافعية، والحنابلة(1).

فعند المالكية يضمن الناظر ما نقص عن أجرة المثل إذا كان قادراً على الضمان، ولا سيما إذا كان المستأجر عاجزاً عن ضمان الأجرة، وعند الحنابلة يضمن ما نقص عن أجرة المثـــل، أمـــا بالنسبة للشافعية، فإنه يفهم من كلامهم أن الناظر إذا أجر الدار الموقوفة بأقل من أجرة المثل، فإنـــه يضمن.

أما بالنسبة للحنفية، فعندهم لا يضمن الناظر إذا أجر الموقوف بأقل من أجرة المثل(2)، وإنما يثبت الضمان على المستأجر، إلا أن هذا لا يعني إعفاء الناظر من الضمان إذا ثبت عليه التفريط في مصالح الوقف.

وفي الزمن الحاضر نلاحظ وجود عدد كبير من البنايـــات، والعمـــارات الـــسكنية التابعـــة للأوقاف، فإذا أراد الناظر تأجير إحدى البنايات الموقوفة ، فإنه يطرح الموضـــوع للمـــزاد العلنـــي بحيث تتم المزاودة من قبل المتقدمين لاستئجار البناية الموقوفة ، وبالتالي فإن عقد الإجارة يرســـو على من يدفع أكثر من غيره(3)، وبالنسبة للضمان في هذه المسألة ، فإنه ينتفي في هذا الزمن ؛ لأنه يستبعد أن يكون هناك نقص عن أجرة المثل ، ما دام أنه سيتم من خلال المزاد العلني ، والغاية من من التشديد على أجرة المثل، إنما تكمن في حماية حقوق الموقوف عليهم، وعدم الإضرار بهـــم، ومن جانب آخر من أجل مصلحة الوقف؛ لأنه يحتاج إلى إعادة إعمار، وترميم فـــي كثيـــر مـــن الأحيان، وخصوصاً أن معظم الأوقاف في الزمن الحاضر مـــن العمـــارات الـــسكنية، والمحـــلات التجارية، والتي تعتريها التغيرات من هدم، وتصدع، بسبب الظروف الجوية، أو بسبب طول الزمن، فهذا كله يحتاج إلى رصيد مالي؛ لإعادة الوقف إلى الوضع الذي يصلح فيه للاستغلال.

الحالة الثانية: تهاون ناظر الوقف في المحافظة على الأموال الموقوفة.

وصور التهاون في هذه الحالة تكمن فيما إذا انهدم البناء الموقوف، حتـــى ضـــاع نقـــضه، وبالتالي لم يعرف مكان أنقاض البناء الموقوف؛ بسبب الإهمال من المشرف على الوقـــف، وعـــدم متابعته لكل ما يتعلق به، ففي هذه الحالة يضمن الناظر قيمة الأنقاض التي فقدت؛ حيث إنهـــا تعـــد

(1) الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج 7 ،ص399، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 533. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص 416، الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج4، ص 340.
(2) البغدادي، مجمع الضمانات، ج2، ص 692، مجمع الأنهر، ج1، ص 350
(3) قسم الأملاك الوقفية ، مديرية الأوقاف ، محافظة إربد – المملكة الأردنية الهاشمية .

جزءاً من الوقف، وبالتالي يمكن أن تستخدم في إعادة نفس البناء الموقوف الذي انهدم، أو تنقل لبناء وقف في مكان آخر(1).

والسبب في تضمين الناظر في الحالة المذكورة، أن مهمته تكمن في حفظ الوقف، ومتابعة شؤونه، بما يحقق المصلحة المتوخاة من الوقف.

وفي الزمن الحالي نجد أن الموظفين التابعين لمديرية الأوقاف في كل محافظة يقومون بالمتابعة الحثيثة ، والدقيقة للأموال الوقفية، والإشراف عليها، فمن الصعب أن يحصل التهاون في المحافظة على المال الموقوف من قبل الموظفين ، وخصوصاً أنهم محاسبون على تهاونهم ، وذلك بإيقاع العقوبات الرادعة؛ ولذلك فإن الموظف يحرص كل الحرص على متابعة الأموال الموقوفة المنقولة، وغير المنقولة ، ولكن ومع ذلك ، فإنه قد يحصل على سبيل الإستثناء مما سبق ، أن يتهاون بعض موظفي الأوقاف في المحافظة على المال الموقوف ، وخصوصاً الحراس مما يؤدي إلى حصول حالات السرقة للوقف ، ففي هذه الحالة يتعرض الموظف المسؤول للمحاسبة ، ومن ثم يغرم ما ضاع من مال الوقف ؛ بسبب تهاونه ، ويقوم مدير الأوقاف بإيقاع العقوبة المناسبة ؛ وذلك من أجل مصلحة الموقوف عليهم ، ومصلحة الأموال الموقوفة(2).

الحالة الثالثة: من الحالات التي يضمن فيها المتولي إذا استأجر رجلاً في عمارة الوقف، ودفع له أكثر من الأجرة المقررة، فإن المتولي في هذه الحالة يعد ضامناً، ولاسيما إذا زاد في الأجرة أكثر مما يتغابن فيه الناس(3).

ورد في رد المحتار:" أن المتولي إذا استأجر رجلاً في عمارة الوقف بدرهم ودانق(*)، وأجرة مثله درهم، فإنه يضمن جميع الأجرة من ماله؛ لأنه زاد في الأجرة أكثر مما يتغابن فيه الناس(*)(4).

وفي الزمن الحاضر، إذا ثبت أن الناظر استأجر شخصاً، أو أشخاصاً؛ لعمارة الوقف، أو إصلاحه، وأعطى الناظر المستأجر أكثر مما يستحق على العمل الذي قام به؛ إما لعلاقة شخصية

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص 401، البغدادي، مجمع الضمانات، ج2، ص 691.
(2) قسم الأموال الوقفية ، مديرية الأوقاف ، محافظة إربد .
(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص 405، البغدادي، مجمع الضمانات، ج2، ص 700
(*) الدانق يساوي سدس درهم ، ابن قدامة ، المغني ، ج4،ص360، ابن عابدين ، رد المحتار ، ج6، ص566.
(*) فالمتولي عندما يزيد في الأجرة يعد مستأجراً لنفسه؛ وبناءً على ذلك يضمن، الإسعاف، ص 66.
(4) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص 566.

بين الطرفين، أو تحيزاً بسبب القرابة، أو لأي سبب كان، فإن الناظر في هذه الحالة يضمن جميع الأجرة؛ لأنه لا يجوز أن يدفع أكثر من الأجر المستحق من مال الوقف.

وكذلك إذا أخذ الناظر شيئاً من مال الوقف، فإنه يضمن؛ لأنه تناول ما لا حق له فيه، ولا يبرأ من الضمان إلا إذا رد ما تناوله من مال الوقف[1]. ومن المعلوم أن الناظر يتصرف في أموال الوقف بما يحقق المصلحة؛ ولذا فإنه يعد وكيلاً عن الموقوف عليهم، فإذا أخذ شيئاً من أموال الوقف، فهذا التصرف يعد استغلالاً للوقف في تحقيق مصالحه الشخصية؛ وبناءً على ذلك يحكم عليه بالضمان، ويحق للقاضي إذا ثبت لديه تلاعب الناظر بأموال الوقف أن يقيله من وظيفته، ويعين من يثق به.

الحالة الرابعة: إنكار المتولي بعض أعيان الوقف .

إذا اغتصب المتولي بعض أعيان الوقف، وأدعى ملكيتها، فإنه يعد في هذه الحالة غاصباً لما أنكره، ومعلوم أن الحكم في المال المغصوب، هو وجوب رده إلى مالكه، وإذا نقص الموقوف، فإن المتولي يضمن النقص الحاصل بعد الجحود لا ما قبله، لأنه بعد الجحود صار غاصباً لمال الوقف، وكذلك إذا انهدم شيء من الدار الموقوفة التي ادعى المتولي ملكيتها، فإنه يجب عليه ضمان ما انهدم منها، ويبني بالقيمة الجزء الذي انهدم من الدار الموقوفة[2].والحكم بتضمين الناظر يكون بمطالبته بإثبات ما ادعاه ، فإن عجز فالأصل أن الدار وقف ، وبعد ذلك يضمن ما نقص على الموقوف .

وبالنسبة للموقوف الذي أنكر المتولي وقفه، وادعى بنفس الوقت ملكيته، فإنه يجب عليه أن يدفع أجرة المثل عن المدة التي وضع يده عليها؛ لأنه بتلك المدة الزمنية كان قد حرم مستحقي الوقف من حقهم في غلات الوقف، وذلك كأن يكون وضع يده على دار موقوفة وسكنها، أو أسكن فيها آخر بالأجرة، أو استغل أرضاً موقوفة بالزراعة، وكان قد أدعى ملكيتها، ففي هذه الحالة عليه بالإضافة إلى رد الأرض أن يدفع أجرة المثل عن المدة الزمنية التي استغل فيها أرض الوقف.

الحالة الخامسة: حول تجهيل مال الوقف:

إذا مات الناظرمجهلاً لمال بدل الوقف، فإنه يضمن في هذه الحالة، ومعنى ضمان الناظر لمال الوقف في حالة التجهيل: أن الناظر إذا مات دون أن يبين مال الوقف، وذلك بأن يكتب كتاباً

(1) النووي، روضة الطالبين، ج4، ص 412.
(2) الإسعاف في أحكام الأوقاف، ص 60.

يبين أوصافه بما يميزه عن غيره من الأموال المملوكة، فإنه يضمنه بحيث يصبح ديناً في تركتــهِ، أي: يستوفى بدله من التركة قبل توزيعها[1]. وحكم الضمان في هذه الحالة لا يثبت إلا إذا علم بــأي وسيلة من الوسائل بأن الناظر مات مجهلاً لمال الوقف ، ولا بد من معرفته أنه مال وقف حتى يتم التضمين من تركة الناظر بعد موته .

وفي الزمن الحالي أصبحت الأموال الموقوفة تسجل في دائرة الأراضي، وهــذا يعنــي أن الأموال الموقوفة بعد تسجيلها بشكل رسمي، وتثبيتها من خلال الوثائق الرسمية، كــأملاك وقفيــة، أصبحت مميزة عن غيرها من الأملاك الخاصة.

ومن خلال اللقاء مع موظفي قسم الأملاك الوقفية في مديرية الأوقاف في محافظة إربد تبين لي أن الوقف لا يعد نافذاً إلا بعد أن يوقع الواقف في دائرة التسجيل على تبرعه بما أوقفه من مال، وبالتالي لا مجال للقول بالتضمين ؛ لأنه لا يعد وقفاً إلا بعد تسجيله بشكل رسمي[2] .

الحالة السادسة: خلط الناظر مال الوقف بماله الخاص.

إذا قام الناظر بخلط مال الوقف بماله الخاص دون أمر من القاضــي، فإنــه يحكــم عليــه بالضمان؛ لأن مال الوقف لا يتميز عن أمواله الخاصة، وتضمين الناظر في هذه الحالــة، إذا كــان تصرفه من غير أمر القاضي، أما إذا أخذ الناظر الإذن من القاضي بالخلط من أجل التخفيف عــن الناظر، فلا ضمان عليه؛ لعدم التعدي[3] .

ومثل هذا الخلط كان في السابق عندما كان أمر النظر في الوقف يوكل إلى فرد يعين مــن قبل القاضي، أو الواقف، أما في الزمن المعاصر، فإن الوقف تشرف عليه جهات رسمية، وأمــوال الوقف مسجلة لدى دوائر التسجيل بشكل يجعلها مستقلة عن غيرها.

ولكن قد يحصل في بعض الأحيان مثل هذا التصرف، وذلك بأن يقوم الناظر بخلــط غلــة الوقف بغلة ماله الخاص ،ولكن هذا الخلط يكون آنياً، ومؤقتاً ،وبالتالي يمكن فصله عن غيــره مــن الأموال الخاصة، ويقوم الناظر، أو من يقوم مقامه بإيداع مال الوقف في المــصارف الإســلامية ؛ وبناءً على هذا التصرف والمتبع في هذا الزمن، فإنه من المستبعد الحكــم بالــضمان؛ لأن أمــوال الوقف مضبوطة بشكل يجعل من الصعب القول بخلطها بغيرها من الأموال الخاصة[4] .

---

(1) البغدادي، مجمع الضمانات، ج2، ص 687، ابن نجيم، الأشباه والنظائر ، ص326 –327 .
(2)الأموال الوقفية ، مديرية الأوقاف ، محافظة اربد " من خلال المقابلة الشخصية " .
(3)البغدادي ، مجمع الضمانات ، ج2، ص687 ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 328.
(4) قسم الأملاك الوقفية ، مقابلة شخصية ، مديرية الأوقاف –إربد .

وبعد الانتهاء من بحث الحالات التي يضمن من خلالها الناظر المال الموقوف ، يلاحظ أن معظمها قد تم بحثه في نطاق المذهب الحنفي ؛ وذلك لأني وجدت من خلال التتبع والبحث أن فقهاء الحنفية هم الذين تصدوا لبحثها بالشكل السابق دون غيرهم من فقهاء المذاهب .

المطلب السادس :مسائل في الإعتداء على الوقف :

المسألة الأولى : رهن الناظر للمال الموقوف لمصلحة الواقف .

الرهن في اللغة : يقال رَهَنْتُ فُلاناً رَهناً ، وارتَهنَ منه رَهناً : أَخَذهُ منه[1].

الرهن في الاصطلاح هو: المال الذي يجعل وثيقة بالدين؛ ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه[2].

وكما هو واضح من تعريف الرهن، أنه وثيقة لضمان الوفاء بالدين، حتى إذا لم يوف المدين الدين الثابت بذمته، فإن الدائن "المرتهن" يقوم ببيع المرهون؛ للحصول على حقه من ثمن المال المرهون.

أما بالنسبة للمال الموقوف، فمن المعلوم أن ملكية المنافع فيه إنما تكون للجهة الموقوف عليها، فضلاً عن ثبوت ملكية العين الموقوفة لله تعالى، وبالتالي هل يجوز للناظر أن يتصرف بمال الوقف بطريق الرهن؟

وهنا لا بد من عرض آراء العلماء في هذه المسألة، ثم الخروج بالرأي الذي يتفق مع مصالح الوقف، والغايات التي من أجلها وقف المال.

الرأي الأول: عدم جواز رهن المال الموقوف، وهذا ما ذهب إليه كل من جمهور الحنفية [3]، والمالكية [4]، والشافعية[1]، والحنابلة[2].

(1)ابن منظور ، لسان العرب ، ج13، ص 188-189.

(2)المرغيناني، الهداية، ج4، ص126، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2، ص166، ابن قدامة، المغني، ج4، ص 361.

(3) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج6، ص 539، صدر الشريعة، عبدالله بن مسعود، مختصر الوقاية مع شرحه اختصار الرواية ، نجم الدين محمد الدركاني، ، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1426- 2005، ج2، ص 209،الموصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، ج3، ص 47.

(4) الحطاب، أبي عبدالله محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه: الشيخ زكريا عميرات ، المملكة العربية السعودية- الرياض، دار عالم الكتب ، ط خاصة، 1423- 2003م ، ج6، ص 555- 556 ،عليش، محمد بن أحمد بن محمد، منح الجليل على شرح مختصر العلامة خليل، ، بيروت -لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1424 - 2003، ج5، ص 267.

الرأي الثاني: يجوز رهن المال الموقوف، وهذا ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة في رواية [3].

(1) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2، ص 168، الرملي، نهاية المحتاج، ج4، ص 238، النووي، روضة الطالبين، ج3، ص 284.

(2) ابن قدامة ، المغني ، ج4 ، ص 384،ابن مفلح،برهان الدين أبي اسحاق إبراهيم بن محمد ، المبدع شرح المقنع ،الرياض،دار عالم الكتب، ج4، ص 105.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 326، ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص 520.

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بعدم جواز رهن الوقف بعدد من الأدلة من السنة ،والمعقول، وهي:

أولاً: السنة:

عن ابن عمر –رضي الله عنهما– أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخيبر، فقال: يا رسول الله أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمرني به، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"[1] فتصدق بها عمر –رضي الله عنه– أنه لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول.

وجه الدلالة:

أن الوقف باللزوم خرج من ملك الواقف، فلا يستطيع أن يتصرف به بالبيع، وبما أنه امتنع تملكه، وتمليكه، فلا يجوز رهنه[2]

وبناءً على ما سبق، جاء رأي الجمهور بعدم جواز رهن الوقف؛ لأنه يؤدي إلى حبس المال الموقوف تحت يد المرتهن، وبالتالي قد يتصرف به بالبيع، وعين المال الموقوف لا تباع؛ لأن ملكيتها تنتقل إلى حكم ملك الله تعالى، ومن جانب آخر، فإن ملكية منافع الوقف للموقوف عليه، أو عليهم، وعند رهن المال الموقوف، فإن ذلك يؤدي إلى إلحاق الضرر بالموقوف عليهم.

ثانياً: المعقول:

1- إذا قام الناظر برهن المال الموقوف، فهذا التصرف يعد مخالفاً لمقصود الواقف من وقفه؛ لأن الواقف قصد استمرار الأجر، والثواب المترتب على انتفاع الموقوف عليهم، ورهن الوقف يعني تعطيل منافع الوقف من أن تصل إلى الموقوف عليه[3].

قال صاحب الإسعاف:" ولا يصح أن يرهن القيم الوقف بدين؛ لأنه يلزم منه تعطيله، فلو رهن القيم داراً من الوقف، وسكن المرتهن فيها، قالوا: يجب عليه أجر مثلها، سواء كانت معدة للاستغلال، أو لم تكن احتياطاً في أمر الوقف"[4].

---

(1) سبق تخريجه، ص52.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص 342، الرافعي،العزيزشرح الوجيز" الشرح الكبير"، ج4، ص441.

(3)المرغيناني ، الهداية ، ج3،ص13، الموصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، ج3، ص41، ص 43.

(4) الطرابلسي ،الإسعاف، ص 57؛ ابن مازة: أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم الجندي، بيروت– لبنان ، دار الكتب العلمية، ط1 ،1424-2004، ج6، ص 148.

2- أن القصد من الرهن استيفاء الدين من ثمنه عند التعذر، وبما أن الوقف لا يصح بيعه، فهذا يعني عدم جواز رهنه[1]

3- أن الرهن حبس شيء مالي بحق، بحيث يمكن استيفاؤه منه كالدين، حتى لو هلك الرهن صار المرتهن مستوفياً حقه، إذا كان الحق مساوياً للرهن، والاستيفاء إنما يتأتى فيما يمكن تمليكه، والوقف لا يمكن تملكه، ولا تمليكه، فلا يصح رهنه[2]

دليل أصحاب الرأي الثاني:

الدليل للرأي الثاني، والذي يقضي بجواز رهن الوقف، ينبثق من كون المال الموقوف يبقى على ملكية الواقف، وهذا يعني أنه يجوز له أن يتصرف بملكه بكافة أنواع التصرفات[3]، ومنها البيع، والهبة، ومادام أنه يصح بيعه، فإنه يصح رهنه.

مناقشة الأدلة:

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول:

ناقش القائلون بجواز رهن الموقوف أدلة القائلين بعدم الجواز بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لاستدلالهم بحديث عمر – رضي الله عنه – فقد تمت مناقشته من قبل أبي حنيفة في مسألة لزوم الوقف[4].

ثانياً: أما بالنسبة للأدلة الأخرى ،والتي تقضي بأن الوقف لا يصح تملكه، ولا تمليكه، أجيب عنها بأن الوقف يعني:حبس الموقوف على ملك الواقف، وبالتالي له التصرف به بطريق البيع ، وبغيره[5].ومنها الرهن؛ لأن ما يكون محلاً للبيع، يكون محلاً للرهن [6] .

مناقشة دليل أبي حنيفة:

ناقش الجمهور دليل أبي حنيفة بما يأتي:

أن الموقوف لا يبقى على ملك الواقف، بل ينتقل إلى حكم ملك الله تعالى[7]، وهذا يعني أنه لا يجوز التصرف به بالبيع، أو الرهن، بما يعود بالضرر على الموقوف عليه.

---

(1)الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص 378،الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج4، ص441، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2 ، ص168 ،ابن قدامة ، المغني ، ج4 ، ص 384، الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3، ص 254.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص 539.

(3) المصدر السابق، ج 6، ص 520.

(4) سبق في ص 55.

(5) الموصلي ، الاختيارلتعليل المختار ، ج3، ص 41. المرغيناني، الهداية، ج 3، ص 13.

(6) المرغيناني، الهداية ، ج4 ، ص 155،الموصلي ، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص63.

(7) النووي، روضة الطالبين، ج 4، ص 416، البهوتي، كشاف القناع، ج 4، ص 254.

الرأي المختار في المسألة:

بعد عرض آراء العلماء في مسألة رهن الوقف، وبيان الأدلة التي استدل بها كل فريق؛ لدعم الرأي الذي قال به،ومناقشتها، فإنني أميل إلى ترجيح رأي الجمهور، والذين ذهبوا إلى القول: بعدم جواز رهن المال الموقوف، هذا وقد دعتني عدة أسباب لترجيح هذا الر أي، منها قوة الأدلة التي استدلوا بها،ووجاهتها في الدلالة على منع رهن مال الوقف ، ومن جانب أخر النظرفي طبيعة الوقف، والهدف الذي من أجله توقف الأموال، فالأصل في عين المال الموقوف أن تبقى ثابتة ، ولا يصح التصرف بها بأي شكل يؤدي إلى نقل ملكيتها إلى طرف آخر، فهذا مبرر ،ومسوغ قوي للقول: بعدم جواز رهن الوقف، وكذلك النظر إلى الغاية من الوقف، والتي تكمن في استمرار الأجر، والثواب للواقف، وكذلك انتفاع الموقوف عليهم بمنافعه، وغلاته ، فرهنه يعني الضرر بالموقوف عليهم، وهذا يدعو إلى القول بعدم جواز رهن الوقف.

وإذا تم رهن المال الموقوف، فإن هذا التصرف يعد مجافياً لمصالح الوقف، فعندها ينبغي على القاضي أن يتدخل لمنع تصرف الناظر بالرهن.

والسؤال الذي يطرح في هذا المقام، ما الحكم إذا سكن المرتهن الدار الموقوفة التي رهنت من قبل الناظر؟

أورد صاحب الفتاوى الهندية: " أن المتولي إذا رهن الوقف بدين فلا يصح، فإذا سكن المرتهن فعليه أجرة المثل"[1].

وإيجاب أجرة المثل على المرتهن؛ لأنه استوفى منافع الدار الموقوفة،باعتبارها أصبحت تحت سلطته، والأصل عدم صحة رهنها،وعدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون ؛ لأن حقه في حبس رقبة المرهون فقط، ولكن إذا استعمل المرهون، فهنا تجب أجرة المثل لمصلحة الوقف، ومصلحة الموقوف عليهم.

وكذلك الأمر بالنسبة للأرض الموقوفة إذا رهنها الناظر بدين، فلا يصح رهنه لها، وإذا مكثت الأرض مدة من الزمن بيد المرتهن، فعليه أجرة المثل عن تلك المدة.

وقبل الانتهاء من بحث هذه المسألة ارتأيت أن أبين حالة، وهي إذا رهن الناظر داراً، أو أرضاً موقوفة، واستغلها المرتهن بالسكن ،أو الزراعة مدة من الزمن، ثم اختفى المرتهن عن الأنظار، ولم يعرف له مكان، أو كان موجوداً، ولم يقدر على دفع أجرة المثل، فإنني أرى في هذه الحالة أن الناظر يضمن أجرة المثل؛ وذلك لمخالفته ما وكل به، فهو وكيل عن الموقوف عليهم في إدارة، وتنمية أموال الوقف، والناظر بتصرفه المذكور يعد مخالفاً، ومتعدياً، ومعلوم أن الأمين

(1) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج2، ص 403، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج6، ص 540.

يضمن في حالة التعدي، أو التقصير في الحفظ، وتصرفه هذا يعد منافياً لمصالح الوقف، فيحكم عليه بالضمان.

المسألة الثانية :الاستدانة للوقف(1)

بينت من خلال ما سبق أن الناظر عليه أن يقوم بكل ما من شأنه تحقيق مصالح الوقف، وقد يحتاج الوقف إلى الإصلاح، أو الصيانة، فإذا كانت غلة الوقف تكفي لذلك فبها ونعمت، ولكن في بعض الأحيان لا تكفي الغلة الموجودة لعمارة الوقف، أو إصلاحه، أو الإنفاق على الموقوف، فإذا كان الرصيد المالي غير كاف، ففي هذه الحالة، هل يجوز لناظر الوقف أن يلجأ إلى الاستدانة على حساب الوقف؟ وإذا استدان فهل يستدين بإذن القاضي، أم يجوز له ذلك بدون الرجوع لإذن القاضي؟ هذا ما سأبينه –بمشيئة الله تعالى– بعد عرض آراء الفقهاء في المسألة.

أراء الفقهاء في مسألة الاستدانة للوقف:

اتفق الفقهاء على جواز الاستدانة للوقف إذا كان بحاجة إلى النفقات[2].

موطن الخلاف:

اختلفوا في إذن القاضي ، هل يشترط في الاستدانة أو لا يشترط ؟

الرأي الأول: يجوز للناظر الاستدانة للوقف بدون إذن القاضي، وهذا ما ذهب اليه الحنفية[3]في قول ،والمالكية[4]، والحنابلة[5].

الرأي الثاني: لا يجوز للناظر أن يستدين للوقف إلا إذا أذن له القاضي، أو كان مأذوناً له بالاستدانة من قبل الواقف، وهو رأي الشافعية[6].

الرأي الثالث: لا يجوز للناظر الاستدانة للوقف إلا إذا لم يتمكن الناظر من إجارة الوقف، فعندها يلجأ إلى الاستدانة، ولا بد من إذن القاضي بالاستدانة. وهذا ما ذهب الحنفية في المعتمد عندهم[7].

---

(1) معنى الاستدانة: الشراء نسيئة، أو الاقتراض للنفقة على مصالح الوقف ،ابن عابدين ، ردالمحتار ،ج6،ص657.
(2) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، ص 353، الونشريسي ، أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقيه والأندلس والمغرب ، خرجه : محمد حجي ، بيروت – لبنان، دار الغرب الإسلامي1401–1981 ، ج7، ص 465–466،الأنصاري أسنى المطالب ، ج5 ، ص 562، ابن النجار ، منتهى الارادات ، ج3، ص 363.
(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص 353، ابن عابدين ، رد المحتار ،ج6، ص657.
(4) الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقيه والأندلس والمغرب ،ج7، ص 465–466.
(5) ابن النجار، منتهى الأرادات، ج3، ص 363، ابن مفلح، شمس الدين محمد بن مفلح،الفروع ، تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي ، بيروت – لبنان، الرسالة ،ط1 ، 1419–1999، ج7، ص 357.
(6) الأنصاري ،أسنى المطالب، ج5، ص 562؛ الهيتمي، تحفة المحتاج، ج2، ص 515.
(7) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص 657، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، تحقيق محمد مطيع الحافظ، دمشق، دار الفكر، ط1، 1403– 1983، ص 224.

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بجواز الاستدانة للوقف بدون إذن القاضي بما يأتي:

أولاً: أن الناظر أمين ومصدق فيما يقوله(1)، فلا حاجة إذن للرجوع للقاضي.

ثانياً: أن الاستدانة إذا كانت لمصالح الوقف، تصبح أمراً ضرورياً، وإلا تعطل الوقف، ولاسيما إذا لم تكن هناك غلة ينفق منها على الوقف، ومصالحه(2).

دليل أصحاب الرأي الثاني:

أن ولاية القاضي ولاية عامة، أي: أن ولايته في الإشراف على مصالح المسلمين تعد أعم من ولاية ناظر الوقف، فمن هذا الباب تجوز الاستدانة إذا أذن بها القاضي(3).

دليل أصحاب الرأي الثالث:

احتج القائلون: بعدم جواز الاستدانة إلا إذا لم يتمكن الناظر من إجارة الموقوف بما يأتي:

أن الدين لا يثبت ابتداءً إلا في الذمة؛ وبناءً على ذلك ورد القول في البحر الرائق من مصنفات الحنفية: " ليس للناظر أن يستدين؛ لأن الدين لا يجب ابتداءً إلا في الذمة، وليس للوقف ذمة، والفقراء وإن كانت لهم ذمة، إلا أنهم لكثرتهم، لا تتصور مطالبتهم، فلا يثبت الدين باستدانة القيم إلا عليه، ودين يجب عليه لا يملك قضاءه من غلة هي للفقراء.

وعن الفقيه أبي جعفر(*) أن القياس هذا، وهو عدم جواز الاستدانة، لكن يترك القياس فيما فيه ضرورة، وذلك إذا كان في أرض الوقف زرع، ويأكله الجراد ،ويحتاج إلى النفقة لجمع الزرع جاز له الاستدانة؛ لأن القياس يترك للضرورة" (4).

(1) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 328 .

(2) ابن مفلح، الفروع، ج7، ص 357.

(3) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج2، ص 515، الأنصاري، أسنى المطالب ،ج5،ص562.

(*) الفقيه أبو جعفر : أحمد بن محمد بن سلامة كان فقيهاً مجتهداً في طبقة المجتهدين في المسائل ولد سنة تسع وعشرين ومائتين، وقيل في سنة تسع وثلاثين ومائتين صحب المزني الشافعي ،وتفقه به ، ثم ترك مذهبه ،وصار حنفي المذهب مات سنةإحدى وعشرين وثلاثمائة ، من مصنفاته أحكام القرآن يزيد على عشرين جزءاً،وكتاب معاني الآثار، والمختصر في الفقه ،وشرح الجامع الكبير . ابن الحنائي ،علاء الدين علي بن عبد القادر الحميدي ، طبقات الحنفية ، اعتنى به سفيان بن عايش بن محمد ، فراس بن خليل مشعل ، عمان – الأردن، دار ابن الجوزي ، ط 1 ، 1425 ، ص 171-172.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص 351.

الرأي المختار في مسألة الاستدانة للوقف:

بعد عرض أراء العلماء في حكم الاستدانة للوقف،والأدلة التي احتجوا بها تبين أنهم بين مجيز لها بدون الرجوع إلى إذن القاضي، وبين مانع لها إلا بإذن القاضي، ووجود الضرورة؛ وبناءً على ما سبق، فإنني أميل إلى القول: بأن الوقف إذا كان بحاجة للعمارة، أو الإصلاح، ولم تكن هناك غلة كافية؛ للإنفاق على عمارته ، أو إصلاحه، فللناظر أن يستدين له، ولكن الناظر مع أنه مؤتمن على مال الوقف، ومع أن تصرفه به مناط بتحقيق المصلحة، إلا أن هذا لا يعني عدم أخذ الإذن من القاضي، باعتبار أن ولايته ولاية عامة على مصالح المسلمين؛ وبناءً على رأي الشافعية، والمعتمد عند الحنفية، فإن الناظر إذا اقترض للوقف دون إذن من القاضي، فإنه لا يرجع بما اقترضه على غلة الوقف، ويعد الناظر متعدياً في هذه الحالة؛ لأنه تجاوز مرجعاً رئيساً ألا وهو تجاوز إذن القاضي؛ وبناءً على ذلك، فإن الناظر إذا استدان بدون إذنه ، فإن المال المقترض للوقف يكون من ضمان الناظر.

وحتى تتم الفائدة في دراسة هذه المسألة ، لا بد أن أبين أنه في الزمن الحالي الذي نعيش فيه، أن ناظر الوقف في كل مديرية من مديريات الأوقاف، والمنتشرة في أنحاء البلاد، يرفع طلباً للوزارة يطلب من خلاله سلفة مالية؛ من أجل الإنفاق على مشروع معين، وتسترد السلفة بموجب فواتير رسمية تقدمها المديرية للوزارة، وتثبت من خلال الفواتير أنها أنفقتها على المشروع الذي خصصت له، وإذا بقي جزءٌ من مبلغ السلفة بلا إنفاق، فإن المديرية بدورها تقوم برده إلى الوزارة بالإضافة إلى الفواتير المذكورة[*].

المسألة الثالثة :إقراض الناظر لمال الوقف

من خلال استقراء، وتتبع آراء الفقهاء في إقراض مال الوقف، وجدت أنهم متفقون على عدم جواز إقراض الناظر لمال الوقف، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

(*) قسم الأملاك الوقفية ، مديرية الأوقاف محافظة اربد.
(1) البغدادي، مجمع الضمانات، ج2، ص 704
(2) الونشريسي، المعيار المعرب، ج7، ص 161.
(3) الأنصاري، أسنى المطالب، ج4، ص 347؛ الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج4، ص430.
(4) البهوتي، شرح منتهى الإرادات ،ج2، ص100، ابن النجار، منتهى الإرادات، ج2، ص397-398.

وحجتهم في ذلك :

أولاً: أن القرض تبرع ابتداءً، والناظر لا يصح له أن يتبرع بمال الوقف، ولاسيما أن تبرعه يؤدي إلى إلحاق الضرر بالموقوف عليهم، وكذلك يلحق الضرر بأعيان الوقف(1)، حيث إنها تحتاج إلى العمارة، والإصلاح، والاستغلال.

وهذا يعني أن الناظر إذا أقدم على إقراض جزء من مال الوقف ، فإنه يعد مسؤولاً عن هذا التصرف، وبالتالي إذا لم يتمكن المستقرض من الوفاء بالقرض، فإن الناظر يتحمل ضمان ما أقرضه؛ لأن مصلحة الوقف تستوجب عدم التبرع بشيء من المال الموقوف بطريق القرض ، أو بغيره، وبعد أن يضمن الناظر ما أقرضه ،فإنه يرجع على المستقرض بما ضمنه .

ثانياً: أن تبرع الناظر بمال الوقف إقراضاً يناقض قصد الواقف من وقفه، وهو استمرار الأجر والثواب بدوام انتفاع الموقوف عليهم من مال الوقف(2).

هذا بالنسبة للناظر، أما القاضي فيجوز له إقراض بعض مال الوقف؛ لأن القاضي قادر على استخلاص مال الوقف، فلا يفوت به الحفظ، ولاسيما أن القاضي لكثرة مشاغله قد يعجز عن حفظ مال الوقف، فبالقرض تصير أموال الوقف محفوظة، وخصوصاً أن القاضي عندما يقرض مال الوقف، إنما يقرضه لمن يكون ذا قدرة مالية على رده في الوقت المطلوب، فيختار أملى الناس وأوثقهم، وله ولاية البحث ،والتفحص عن أحوالهم؛ وبناءً على ذلك، فإنه يختار من لا يتحقق إفلاسه غالباً(3).

ومع القول بعدم جواز إقراض مال الوقف، إلا أن هناك حالات استثنائية يجوز للناظر فيها إقراض الوقف ، ومنها:

أولاً: ورد عند الحنفية جواز إقراض مال المسجد، ويؤخذ عند الحاجة إليه، ولاسيما إذا كان إقراضه أحرز من إمساكه، وكذلك عند الحنفية يجوز إقراض ما فضل من غلة الوقف إذا كان الإقراض أحفظ، وأحرز لمال الوقف(4).

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 161، الونشريسي، المعيار المعرب، ج7، ص 161.
(2)- المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3،ص13.
(3)- الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 161، البغدادي، مجمع الضمانات، ج2، ص704.
(4) البغدادي، مجمع الضمانات، ج2، ص 704. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص 224.

ثانياً: ورد عند الشافعية جواز إقراض الناظر لمال الوقف في حالة الضرورة. كأن يكـون مال الوقف معرضاً للنهب، أو الحريق، أو إذا أراد الناظر السفر، فهنا يجوز لــه إقراضـــه [1]؛ لأن الإقراض في هذه الحالة تعين وسيلة لحفظ مال الوقف.

وفي الزمن الحالي لا توجد ضرورة لإقراض مال الوقف؛ لأنه في السابق كان يخشى على مال الوقف من الضياع، أو النهب في بعض الأحيان؛ ولذلك قال بعض العلماء: بالحالات الاستثنائية التي ذكرتها، والتي أجازوا من خلالها إقراض مال الوقف، أما الآن فإن أموال الوقف الزائدة عـن حاجة العمارة، والإصلاح للأملاك الوقفية يمكن أن تودع في المؤسسات المالية الإسلامية،وهذا يعد إقراضاً حكماً ، لأنه يضمنه على كل حال ويتصرف به، ويخلطه بغيره ، ولا يقتصر الأمر في هذه المؤسسات على حفظ أموال الوقف، بل يتعداه إلى استثمارها بما يعود نفعه على الوقف، ومـستحقي منافعه في الوقت نفسه.

المسألة الرابعة :إعارة الناظر لمال الوقف:

من خلال البحث في المؤلفات الفقهية وجدت أن العارية تعني: تمليك منافع الـشيء بـلا عوض[2].وهذا ما عليه الحنفية ، والمالكية .

وعرف الشافعية، والحنابلة، وبعض الحنفية العارية بأنها: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفـاع به مع بقاء عينه[3].

وبالنسبة للمال الموقوف، وإن كان أصله يبقى محبوساً، وتمنع فيه التصرفات الناقلة للملكية، إلا أن منافعه، وغلاته تعد ملكاً للموقوف عليهم، وهذا هو الهدف من الوقف، حبس الأصل والتصدق بالمنافع.

والناظر باعتباره مسؤولاً عن إدارة شؤون الوقف، والقيام بكل ما يحتاج لــه مـن عمـل، كالإصلاح، والعمارة، والإجارة، فهل يجوز له أن يقوم بإعارة الوقف؟

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 161، الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج4 ، ص347.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7، ص 476،الحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج7، ص296.

(3) المرغيناني، الهداية ، ج3، ص220 الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج2، ص371، ابن قدامة ، المغني ، ج5 ، ص220.

من خلال البحث وجدت أن الفقهاء اتفقوا على عدم جواز إعارة مال الوقف، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

الأدلة التي احتج بها الفقهاء لرأيهم بعدم جواز إعارة الوقف:

أولاً: أن منافع المال الموقوف تعد ملكاً للموقوف عليه، فإذا أعار الوقف، يكون الناظر قد تصرف بما لا يملك ،وهذا لا يصح؛ رعاية لحق الموقوف عليهم[5].

ثانياً: أن المعير يشترط فيه أن يكون أهلاً للتبرع، خصوصاً أن الإعارة تعد تبرعاً؛ لأنها إباحة للمنافع، ولا يملك الناظر أن يبيح المنافع التي هي حق للموقوف عليهم[6].

حكم الضمان في حال إعارة الوقف:

بينت من خلال ما سبق أن الفقهاء اتفقوا على عدم جواز إعارة الناظر لمال الوقف؛ وذلك حفظاً لحق الموقوف عليهم؛ لأن إعارته تعني حرمانهم من منافعه ، وانتقالها إلى المستعير، وهو في الأصل لا يستحقها، ولكن إذا حصل، وأعار الناظر الوقف، كأن كان الموقوف داراً معدة للسكن، وسكنها المستعير، فإنه يجب عليه أن يدفع أجرة المثل عن المدة الزمنية التي استوفى فيها منافع الوقف بطريق السكنى، وإذا غاب المستعير بعد استيفائه لمنافع الموقوف، فإن الناظر يعد مسؤولاً عن تفريطه بذلك، ومعلوم أن الناظر إذا فرط بشيء من أموال الوقف، فإنه يضمن؛ لأن القاعدة المعروفة فيما يتعلق بتصرفات الأمين أنه لا يضمن إلا بالتعدي ،أو التفريط، فإذا أعار الناظر المال الموقوف ، فإن تصرفه هذا يعد تفريطاً للأمانة التي أوكل إليه القيام بها ؛ لأنه ما عين في هذه الوظيفة إلا لينظر بعين المصلحة عند أي تصرف في المال الموقوف ، وإعارته له ليست من المصلحة في شيء ، لا بل إنها تعود على مستحقي منافع الوقف بالضرر؛ لهذا فإنه يمنع من الإقدام على مثل هذا التصرف في مال الوقف .

---

(1) الخصاف، أبي بكر أحمد بن عمروالشيباني، أحكام الأوقاف، مطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية، ط1، 1322–1904، ص 66 ،ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص539،داماأفندي، مجمع الأنهر ، ج1، ص350.

(2) الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص570، الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص496.

(3) الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص120، النووي ، روضة الطالبين ، ج4 ، 71.

(4) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3، ص724؛ البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 63.

(5)ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص 539، الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3، ص 724،الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص 120.

(6) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3، ص 724.

:

•

الكفالة في اللغة: من كَفَلَ المالَ، وكَفَلَ بالمالِ: أي ضَمِنَهُ، وتَكَفَّلَ بالـشَّيء: أَلْزَمَـهُ نَفـسَهُ وأزَالَ عنه الضَّيْعَة، والذهَابَ[1]. فالكفالة إذن تعني: الالتزام.

الكفالة في اصطلاح الفقهاء:

عرف الحنفية الكفالة بأنها: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً[2]، أي: المطالبة بنفس، أو دين، أو عين. وهذا التعريف يدل على أن الكفيل لا يثبت في ذمته شيء من الحق الثابت في ذمة الأصيل، وإنما في المطالبة فقط . وقيل بأنها تعني: ضم ذمة إلى ذمة في الدين.

وعرفها المالكية بأنها: شغل ذمة أخرى بالحق[3]. والتعريف بهذه الصيغة يشير إلى ثبوت الحق في ذمة الكفيل، بالإضافة إلى ثبوته في ذمة المدين أصلاً. والكفالة والضمان عند المالكية بنفس المعنى، حيث إنها تشمل ضمان الدين ، وضمان الوجه، أي: تسليم المضمون لرب الحق، وضمان الطلب، أي : التفتيش عن المكفول ثم يدل رب الحق عليه، وفي ضمان الوجه ، والطلب لا يضمن الكفيل ما على المكفول عنه إلا إذا ثبت تفريطه في الطلب ، أو تفريطه في تسليم المكفول[4].

وعند الشافعية الكفالة هي: التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضارمن عليه الحق، أو عين مضمونه[5]. هذا التعريف يدل على ثبوت الحق المضمون في ذمة الضامن ، كما هو ثابت في ذمة الأصيل، وهو المضمون عنه، وبهذا يتميز عن تعريف الحنفية .

وعند الحنابلة الضمان يعني: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام حق[6].

أما الكفالة فهي: التزام رشيد مختار إحضار من عليه حق مالي لربه[1].

---

(1) الزبيدي، محمد مرتضى بن محمد الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس ، اعتنى به : عبد المنعم ابراهيم، وكريم سيد محمود ، بيروت – لبنان ،دار الكتب العلمية، ط1 ، 1428-2007م، ج30، ص 188.

(2) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3، ص 87، ابن عابدين ، رد المحتار ، ج7 ، ص553.

(3) الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج4، ص537.

(4) الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، ج3، ص 286-288.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 269.عند الشافعية : الضمان في المال ، والكفالة في النفوس .

(6) ابن قدامة ، المغني ، ج4، ص590.

وهذا التقسيم عند الحنابلة إنما جاء لبيان أن الكفالة تعد جزءاً من الضمان ، فهي تختص بنفس المكفول، أو ببدنه ، بينما الضمان يختص بالتزام ما في ذمة المضمون عنه من دين ، أو ضمان العين المضمونة على من هي في يده.

والناظر في التعريفات السابقة للكفالة يلاحظ أنها تشترك بأمر، وهو شغل ذمة الكفيل بالحق الثابت في ذمة الأصيل، وهو المدين،وهذا ما ظهر في تعريفات المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، وبالتالي يصبح الكفيل مطالباً بما في ذمة الأصيل من دين؛ لأنه تعهد بالتزام ما في ذمة الغير عن طواعية، واختيار، ولكن هذا لا يعفي الأصيل من الدين الثابت بذمته، هذا ما سأشير إليه -بإذن الله تعالى- في الصفحات القادمة(2).

وبعد النظر في تعريفات الفقهاء للكفالة أرى بأنها تعني: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه في التزام حق، أو إحضار من عليه حق لاستيفائه منه .

من خلال النظر في التعريف المختار يلاحظ ما يأتي:

أولاً: أن الكفالة فيها معنى الالتزام؛ لأن الكفيل يلتزم بما في ذمة المكفول عنه، وبالتالي لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي كذلك.

ثانياً: أن صاحب الحق له مطالبة الكفيل بما ضمنه، وله مطالبة المكفول عنه باعتباره المدين الأصيل.

ثالثاً: أن هذا التعريف يعتبر شاملاً لأنواع الكفالة، وهي الكفالة بالنفس، والدين، والعين.

المطلب الأول: أقسام الكفالة باعتبار العقد:

من المعلوم أن الكفالة وإن كانت من عقود التوثيقات ،إلا أنه يوجد فيها معنى التبرع ؛ لأن الكفيل تبرع من ذاته بالتزام ما في ذمة الغير من حق ،أو دين، ، وبعد أن يدخل في الكفالة عن طواعية ،واختيار يكون قد ألزم نفسه بضمان ما في ذمة الغير من حق، وخصوصاً إذا تضمن عقد الكفالة شرطاً يقضي بالتزامه ما في ذمةالمضمون عنه، وهذا سأبينه - بمشيئة الله تعالى- عند البحث في موضوع الالتزامات التي تترتب على الكفيل .

(1)الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج3، ص313.
(2) وأركان الكفالة- الكفيل، والمكفول له،والمكفول عنه، والصيغة.

ولكن في هذا المطلب لا بد من بيان أقسام الكفالة، والضمان في كل منها، فالكفالة باعتبار العقد تنقسم إلى عدة أقسام، ارتأيت بيان ماهية كل منها، وبالتالي بيان حكم الضمان في كل قسم على حدة.

الفرع الأول: الكفالة المنجزة:

ورد تعريف الكفالة المنجزة في المادة (617) من مجلة الأحكام العدلية، ونصها: "الكفالة المنجزة هي: التي ليست معلقة على شرط ،ولا مضافة إلى زمان مستقبل"[1].

وبالنسبة لهذا القسم من الكفالة، فلا خلاف بين الفقهاء في جوازه، ولا سيما أن الأصل في العقود وقوعها منجزة، أي: تترتب آثار العقد مجرد انعقاده، ما دام أنه استوفى الشروط، والأركان اللازمة[2].

وبناءً على ما سبق ،فإن الكفالة المنجزة، تترتب آثارها الشرعية مجرد أن استوفت الصيغة شروطها اللازمة، خصوصاً أن هذا القسم من الكفالة لم يعلق تنفيذه على شروط، ولا على زمان مستقبل.

ضمان الدين في الكفالة المنجزة:

ينقسم الدين الثابت في ذمة الأصيل إلى قسمين: دين حال، ودين مؤجل.

ضمان الدين الحال: ففي الكفالة المنجزة يطالب الكفيل بأداء الدين الثابت في ذمة الأصيل في الحال[3]؛ لأنه رضي باختياره أن تشغل ذمته بدين حان أجل الوفاء به، وهذا لا يعفي المدين الأصيل من المطالبة بالوفاء بالدين، فمن كان مديناً لغيره بألف دينار مثلاً، وحل أجل الوفاء، فجاء آخر، وكفل المبلغ الثابت في ذمة الأصيل، فإن المكفول له يحق له مطالبة الكفيل بالوفاء في الحال، مع ثبوت حقه بمطالبة الأصيل .

أما إذا كان الدين مؤجلاً إلى زمن معين، فإن الكفيل لا يطالب بأدائه للمكفول له، إلا إذا حان الأجل المحدد للوفاء[4]، كأن يكون الدين بقي على الوفاء به خمسة أشهر، فلا يطالب الكفيل بالوفاء بالدين إلا بعد مضي المدة الزمنية المذكورة.

(1) ابن قدامة ، المغني، ج4، ص 602. مجلة الأحكام العدلية، المادة (617).
(2) الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج4، ص246.
(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 601،الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك،ج3، ص273، الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص455، ابن قدامة ، المغني ، ج4، 590.
(4)الكاساني ، بدائع الصنائع ج4، ص601، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص281،ابن قدامة ،المغني،ج4، ص602.

والسبب في عدم إلزام الكفيل بالدين قبل حلول أجله، أن الضامن فرع للمضمون عنه، فلا يلزمه ما لا يلزم المضمون عنه؛ لأن المضمون عنه لا يلزم بأداء الدين الثابت في ذمته قبل حلول أجله، وكذلك الحكم بالنسبة للضامن[1].

الفرع الثاني: حكم الضمان في الكفالة المعلقة:

الكفالة المعلقة هي: التي يعلق وجودها على وجود أمر آخر في المستقبل[2]، وذلك كأن يقول الكفيل للمشتري: أنا كفيل لك بالثمن إذا استحق المبيع، وكذلك بأن يقول الكفيل للمكفول له: إذا قدم فلان، فأنا كفيل بدينك الذي في ذمته[3].

وفي هذا القسم من الكفالة لا بد من بيان حكم الضمان في حال تعليق الكفالة على حصول الأمر المعلق عليه، فعند النظر في المصنفات الفقهية تبين أن للفقهاء رأيين في المسألة:

الرأي الأول، يجوز تعليق الكفالة على شرط ملائم للعقد، وهو الذي لا يخالف مقتضى العقد، ويكون سبباً لوجوب الحق، وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية[4]، والمالكية[5]، والشافعية في قول[6]، والحنابلة[7]في رواية.

وإذا كان تعليق الكفالة على شرط غير ملائم للعقد، فلا تصح الكفالة، كأن يعلق كفالة الدين على هبوب الريح، أو نزول المطر[8]؛ وذلك لأن تعليق الكفالة على شرط غير ملائم لا يظهر فيه غرض صحيح للعقد، ففي المثال المذكور لا يعرف وقت هبوب الريح بالتحديد، وكذلك الأمر بالنسبة لنزول المطر.

الرأي الثاني: لا يجوز تعليق الكفالة على شرط ،وهذا ما ذهب إليه الشافعية[9]في الأصح عندهم، والحنابلة[10] في رواية.

---

(1) ابن قدامة، الكافي، ج2، ص168، ابن قدامة ، المغني ، ج4، ص602.

(2) البعلي،عبد الحميد، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي ،عمان –الأردن،مؤسسة الشرق للعلاقات العامة والنشر والترجمة ،ط1، 1985، ص 163-164.

(3) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى،ج3،ص90، ابن قدامة ، المغني ، ج4، ص619.

(4)المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى،ج3،ص90 ،الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 602، ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 585.

(5) الحطاب، مواهب الجليل، ج7، ص 40؛ الزرقاني، شرح الزرقاني، ج6، ص 48.

(6) النووي ، روضة الطالبين ، ج3، ص493.

(7) المرداوي، الإنصاف، ج5، ص 212، ابن مفلح ، المبدع ،ج4 ، ص149، ابن قدامة، المغني، ج4، ص620.

(8) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص 370، ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 587.

(9) النووي، روضة الطالبين، ج3، ص 493، النووي ، منهاج الطالبين ، ج2، ص150 .

(10) المرداوي، الإنصاف، ج5، ص 212، ابن مفلح ، المبدع ،ج4 ، ص149، ابن قدامة، المغني، ج4، ص620.

الأدلة

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج المجيزون للكفالة المعلقة على شرط بدليلين ، وهما:

أولاً: القرآن الكريم:

قال الله تعالى:﴿ قَالُوا۟ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾ ﴾[1].

وجه الدلالة:

الزعيم هو الكفيل، فالآية الكريمة تدل على أن الله تعالى علق الكفالة بالمال بالشرط، وهو المجيء بالصاع، فعلم أن تعليق الكفالة بالشرط صحيح[2].

ثانياً: القياس:

وذلك من خلال قياس صحة الكفالة المعلقة على الشرط على صحة ضمان الدرك، حيث إن الكفالة بالدرك تترتب على ظهور الاستحقاق للثمن ،أو المبيع، فالكفالة في الدرك مضافة، وتعليق الكفالة بالشرط يأتي بمعنى الإضافة إلى وقت تحقق الشرط[3].

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون بعدم جواز تعليق الكفالة بالشرط بدليلين ، وهما :

أولاً: أن تعليق الكفالة على شرط فيه خطر؛لأن الشرط قد يتحقق ، وقد لا يتحقق ؛ وبناءً على ذلك، فلا يجوز تعليق الكفالة، والضمان به، كمجيء المطر، وهبوب الريح [4].

ثانياً: أن الكفالة تتضمن إثبات حق لآدمي بعقد، فلا يصح تعليقها على شرط، كالبيع[5].

الراجح في المسألة:

بعد النظر في آراء الفقهاء في مسألة تعليق الكفالة على الشرط، ومن ثم بحث الأدلة التي استدل بها كل فريق، فإنني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول، والذين أجازوا

.149

(1) سورة يوسف ، الآية "72".

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص 29.

(3) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 620،الموسى ،محمد بن ابراهيم، نظرية الضمان الشخصي ، المملكة العربية السعودية ،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، ج1، ص 232.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 280، ابن قدامة، المغني، ج4، ص 620.

(5) المطيعي، تكملة المجموع، ج13، ص 132، ابن قدامة، المغني، ج4، ص 620.

تعليق الكفالة على شرط، حتى إذا تحقق الشرط المعلق عليه، فإن الكفيل يلزم بالضمان؛ والسبب في ترجيحي للرأي الأول، يتمثل بقوة الأدلة التي استدلوا بها ووجاهتها في الدلالة على المقصود، أما بالنسبة للأدلة التي احتج بها أصحاب الرأي الثاني ، فلا يستقيم لهم الاحتجاج بها ؛لأنه ليس بالضرورة أن يكون هناك خطر في تعليق الكفالة بالشرط ،ولا سيما أن التعليق يكون على شرط محقق الوقوع في أغلب الأحيان ،أما بالنسبة للبيع ، فإنه يصح تعليقه على شرط إذا كان الشرط لا يتنافى مع مقتضى العقد[1] ، فإذا تحقق الشرط وجب الضمان ، وهذا ما تم بيانه في الفصل الأول من الرسالة، فإذا علق الضمان على شرط، ولم يخالف الشرط نصاً شرعياً، فما المانع من إلزام الكفيل بضمانه الذي التزم به عند تحقق الشرط؟

وفي الزمن المعاصر تغيرت الظروف، والأحوال، وظهرت على الساحة معاملات مالية وتجارية لم تكن معهودة في السابق، وبعض المعاملات تتطلب طبيعتها الكفالة من طرف آخر، وقد لا يستطيع الكفيل أن يوفي بالتزامه مباشرة، فإذا قلنا بعدم صحة تعليق الكفالة بالشرط، فهذا يعني إلحاق الضرر بكثير من أصحاب المصالح، وتوقف بعض المعاملات التجارية، والاستثمارية، ومن المعلوم أن الضرر مرفوع في الشريعة الإسلامية، فما جاءت أحكامها إلا لتحقيق المصالح، ودرء المفاسد، والمصلحة مراعاة في الشريعة ما دام أنها لا تصطدم مع نص شرعي، أو قاعدة شرعية.

الفرع الثالث: الكفالة المضافة

الكفالة المضافة هي: إبرام العقد في الحال على أن تتأخر الآثار المترتبة عليه إلى الزمن المضاف إليه في المستقبل[2]، وذلك كأن يضمن الدين الثابت في ذمة المكفول عنه إلى شهرين.

وفي هذه الحالة لا بد من عرض آراء الفقهاء حول مدى مشروعية إضافة الكفالة إلى زمن مستقبل؛ وذلك للوقوف على الحكم الذي يحقق المصلحة لأصحاب الحقوق الثابتة في ذمة الغير، ومن خلال البحث والتتبع استطعت – بتوفيق الله تعالى – الوقوف على الآراء الفقهية في المسألة، وهي:

الرأي الأول: تجوز الكفالة المضافة إلى زمن المستقبل ،وهذا ما ذهب إليه الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعية[5] في قول، والحنابلة[6].

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج3 ، 590-591.
(2) الموسى ، محمد بن إبراهيم ، نظرية الضمان الشخصي " الكفالة " ج1، ص 225، مجلة الأحكام العدلية (636)، ص 70.
(3)الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 604، ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 588.
(4)الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، ج4، ص 15، الزرقاني، شرح الزرقاني، ج6، ص43.
(5)الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص281.
(6)البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 376،ابن قدامة ، المغني ، ج4،ص619.

الرأي الثاني: عدم صحة إضافة الكفالة إلى زمن مستقبل، وهذا ما ذهب إليه الشافعية[1] في الأصح عندهم

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بصحة الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل بالأدلة الآتية :

أولاً: أن الكفالة تبرع من غير عوض جعل له أجل لا يمنع حصول المقصود منه ، فيصح كالنذر[2].

ثانياً: احتجوا بالأدلة التي استدلوا بها على صحة تعليق الكفالة بالشرط ، وقد بينتها في موضعها[3]؛ لأن تعليق الكفالة بالشرط يأتي بمعنى الإضافة إلى وقت حصول، وتحقق الشرط المعلق عليه.

دليل أصحاب الرأي الثاني:

الدليل يكمن في اعتبار الكفالة عقداً؛ ولذلك لا يصح إضافتها إلى المستقبل كالبيع[4]، فالأصل أن تترتب آثاره مجرد الانعقاد.

الرأي المختار : بناءً على ما سبق من عرض الآراء الفقهية في المسألة، والأدلة التي استدلوا بها، فإنني أميل إلى ترجيح رأي القائلين بصحة إضافة الكفالة إلى زمنِ المستقبل؛ وذلك لأن الحق ثابت للمكفول له ، وله التصرف في ملكه تأجيلاً، وتعجيلاً ، فإذا رضي بأن يتم تنفيذ الالتزام في المستقبل فلا بأس بذلك؛ وبناءً على صحة إضافة الكفالة إلى زمن المستقبل، فإن الكفيل لا يطالب بما التزمه، إلا عندما يحين الزمن الذي اضيفت إليه الكفالة؛ لأنه الوقت الذي التزم فيه الكفيل بأداء ما ثبت في ذمة الآخر، وذلك يعد من باب الالتزام بتنفيذ الشرط بين الطرفين.

المطلب الثاني: أقسام الكفالة بالنسبة للمكفول به، وحكم الضمان في كل قسم:

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 281، المطيعي، تكملة المجموع، ج13، ص 119.
(2) البهوتي ، كشاف القناع ، ج3 ، ص376.
(3) ابن قدامة ، المغني ، ج4 ، ص 620.
(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 281.

الفرع الأول: كفالة النفس ،ومدى إلزام الكفيل بإحضارها:

كفالة النفس تعني: أن يلتزم الكفيل، الضامن، إحضار الشخص الذي كفلـــه؛ مـــن أجـــل أن يستوفى منه الحق[1]. وقد يضمن الكفيل الدين الثابت في ذمة المكفول بنفسه إذا كان قد تكفل به عند العقد[2] .

وسوف أقوم ببحث حكم الكفالة بالنفس عند الفقهاء، ومن ثم بيان حكم كفالة بدن من عليـــه حد، أو قصاص.

أما بالنسبة لحكم الكفالة بالنفس، فقد اختلف الفقهاء فيها على رأيين، هما:

الرأي الأول: تصح الكفالة بالنفس، وهذا ما ذهـــب إليـــه جمهـــور العلمـــاء، الحنفيـــة[3]، والمالكية[4]، والشافعية في المذهب[5]،والحنابلة[6].

الرأي الثاني: عدم صحة كفالة النفس، وهذا مـــا وذهـــب إليـــه الـــشافعية فـــي قـــول[7]، والظاهرية[8].وبالنسبة للشافعي ورد عنده بأن كفالة البدن ضعيفة ، وذلك من جهـــة القيـــاس ؛ لأن الشخص الحر لا يدخل تحت اليد .

الأدلة

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بصحة كفالة النفس بعدد من الأدلة من القرآن، والسنة، والمعقول، وهي:

أولاً: القرآن الكريم:

(1) الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 286.
(2) المرغيناني ، الهداية ، ج3، ص 90.
(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص 346، الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 603.
(4) الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج6، 303–317، الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 430.
(5) النووي، روضة الطالبين، ج3، ص 486، الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج2، ص302.
(6) الضرير، الواضح في شرح مختصر الخرقي، ج2، ص 507، البهوتي ، كشاف القناع ، ج3 ، ص376.
(7) الرافعي، العزيزشرح الوجيز (الشرح الكبير)، ج5، ص 159،الهيتمي، تحفة المحتاج ، ج2، ص302.
(8) ابن حزم، المحلى، ج8، ص 257.

قال الله تعـالى: ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴿٦٦﴾ ﴾ [1].

وجه الدلالة :تدل الآية بظاهرها على صحة كفالة النفس[2]، والموثق الكفيل، حيث امتنع يعقوب عليه السلام من إرسال ولده مع إخوته إلا بكفيل يكفل به [3]، وهذا يعني أنهم التزموا بعدم التفريط بأخيهم ، وإحضاره معهم في حال رجوعهم من مصر .

ثانياً: السنة

عن أبي أمامة– رضي الله عنه–، قال ﷺ :" الزعيم غارم"[4].

وجة الدلالة :الزعيم الوارد ذكره في الحديث يعني: الكفيل، والكفالة هنا تشمل النوعين: الكفالة بالمال، وكفالة النفس، فوجب بها الغرم، كالكفالة بالمال[5].ووجوب الغرم في كفالة النفس إذا تكفل أثناء العقد بالتزام الوفاء بما في ذمة المكفول بنفسه .

ثالثاً: إطباق الناس عليها في الأعصار، ومساس الحاجة إليها[6].

رابعاً: أن الكفيل يقدر على تسليم المكفول عنه، وذلك بأن يعلم الطالب مكانه، أو يستعين بأعوان القاضي في إحضار المكفول عنه[7]، وبذلك يصبح الكفيل ملزماً بتسليم المكفول عنه؛ لأنه بضم ذمته إلى ذمة المكفول عنه تحقق معنى الكفالة بالنفس، وأصبح مطالباً بالإحضار، ويلزم بما في ذمة المكفول عنه إذا لم يحضره، وذلك إذا تكفل به عند العقد .

أدلة أصحاب الرأي الثاني

احتج القائلون بعدم صحة الكفالة في النفس بعدد من الأدلة من القرآن ،والمعقول ،وهي:

أولاً: القرآن الكريم:

(1) سورة يوسف،الآية" 66".
(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج9، ص196.
(3) الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص462.
(4) سبق تخريجه، ص9.
(5) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 615.
(6) الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج5، ص 159.
(7) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 87.

قال الله تعالى: ﴿قَالَ مَعَاذَ ٱللَّهِ أَن نَّأۡخُذَ إِلَّا مَن وَجَدۡنَا مَتَٰعَنَا عِندَهُۥٓ إِنَّآ إِذٗا لَّظَٰلِمُونَ﴾[1].

وجه الدلالة:

عدم صحة الكفالة بالنفس، فقوله: " معاذ الله" يعد إنكاراً للكفالة، أن تجوز حين سأله إخوته أن يأخذ أحدهم كفيلاً عماً وجد متاعه عنده[2].

ثانياً: المعقول:

1- عدم قدرة الكفيل على تسليم المكفول عنه[3]؛ وبناءً على ذلك جاء الرأي بعدم صحة هذا النوع من الكفالة.

2- أن الكفالة بالنفس شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، ولذلك ورد القول في المحلى: " ولا يجوز ضمان الوجه أصلاً، لا في مال، ولا في حد، ولا في شيء من الأشياء؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"[4].

3- إذا استحق إحضار المكفول عنه إلى مجلس الحكم، فهو على الحاكم أوجب، فإن عجز الحاكم، فالكفيل عنه أعجز[5].

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني

ناقش القائلون بصحة كفالة النفس أدلة القائلين بعدم صحة الكفالة بالنفس بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لعدم قدرة الكفيل على تسليم المكفول عنه، نوقش بأن هناك عدة طرق، ووسائل لتسليمه، ومنها أن يعرف مكانه، ومن ثم يدل المكفول له عليه،أي: على المكفول عنه، أو أن يقوم بالاستعانة بأعوان القاضي؛ لإحضاره إلى مجلس القاضي؛ من أجل استيفاء الحق[6].

---

(1) سورة يوسف، الآية" 79 ".
(2) الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص463.
(3) الرافعي، العزيزشرح الوجيز، ج5، ص 159.
(4) ابن حزم ، المحلى ، ج8 ، 257.
(5) الماوردي، الحاوي الكبير ، ج6 ، ص463.
(6) المرغناني، الهداية، ج3، ص87.

ثانياً: بالنسبة لقول ابن حزم: بأن الكفالة بالنفس شرط ليس في كتاب الله تعالى ،أجيب عنه بأن الأصل في الشروط الإباحة، إلا إذا ورد دليل بالمنع، والتحريم[1]، ولا يوجد دليل على ذلك، لا بل وجدت أدلة تفيد صحة الكفالة بنوعيها، المال، والنفس.

ثالثاً: بالنسبة لاستدلالهم بعجز الحاكم عن الإحضار، فيناقش: بأن الواقع يشهد بأن الجهات المختصة في الوقت الحاضر لديها من الأساليب، والخطط المدروسة، والتي تستطيع من خلالها إحضار المكفول بالنفس، وبطرق ميسرة في معظم الأحيان.

الرأي المختار.

بعد عرض الآراء الفقهية في كفالة النفس، والأدلة التي استدل بها كل فريق لدعم رأيه، فإنني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور، والذين ذهبوا إلى القول: بصحة كفالة النفس، وهناك عدة أسباب دعتني إلى ترجيح هذا الرأي، منها قوة الأدلة التي استدلوا بها، ودلالتها على صحة الكفالة بالنفس، ومن جانب آخر، فإن هذا النوع من الكفالة فيه فائدة لأصحاب الحقوق، وذلك بالتوصل إلى حقوقهم عن طريق الكفيل؛ لأنه قد تكون عنده القدرة، والأساليب، والتي من خلالها يستطيع إحضار المكفول عنه، وهذه الأساليب قد لا تتوافر لدى صاحب الحق، فتكون وسيلة لتحصيل حقه، والإسلام يحرص على كل وسيلة من شأنها المحافظة على حقوق البشر، وأحكامه قامت على جلب المصالح، ودرء المفاسد ؛ وبناءً على ذلك، فإن الكفالة تعد من وسائل تحقيق مقاصد الإسلام، وذلك برد الحقوق إلى أربابها، وقطع المنازعات التي تترتب على ضياع الحقوق، ما سبق يتعلق بإحضار المكفول عنه ، ويغرم الكفيل ما في ذمة المكفول عنه إذا تكفل به في حال عدم إحضاره للمكفول .

كفالة من عليه حد، أو قصاص:

وهذا النوع من الكفالة يعني: أن يتعهد الكفيل بإحضار من عليه حد،أو قصاص؛ من أجل أن تطبق عليه العقوبة[2]. والمقصود بالحد هنا إذا كان فيه حق لآدمي كالقذف ، وكذلك القصاص.

فالكفالة في هذا المجال تقتصر على إحضار من عليه الحق، ولا يتكفل بما عليه من حد، أو قصاص؛ لأن عقوبة الحد، أو القصاص لا تقبل النيابة، ولا تستوفى إلا ممن وجبت عليه.

(1) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج29 ، ص346-347.
(2)الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 276.

آراء الفقهاء في المسألة:

الرأي الأول: لا تصح كفالة النفس، إذا كان المكفول عنه عليه حد فيه حق لآدمي، كالقذف أو القصاص ،وهذا ما ذهب إليه كل من أبي حنيفة[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]في قول، والحنابلة[4].

الرأي الثاني، تصح كفالة بدن من عليه حق لأدمي كالقذف، والقصاص، وهذا ما ذهب إليه الصاحبان من الحنفية[5]، والشافعية[6] في قول.

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بعدم صحة كفالة النفس في الحدود، والقصاص بعدد من الأدلة من السنة ،والمعقول، وهي:

أولاً: السنة:

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال، قال رسول الله ﷺ " لا كفالة في حد"[7].

وجه الدلالة: ورد الحديث في النهي عن كفالة الحدود، فيشمل حقوق الله تعالى، وكذلك حقوق العباد[8].

ويوجد أمر مشترك بين الحدود، والقصاص، فيما يتعلق بالاستيفاء، وذلك أنها لا تستوفى إلا ممن وجبت عليه، أي: من الجاني.

ثانياً: المعقول:

1- إن الحدود مبناها على الإسقاط، وتدرأ بالشبهات، فلا يدخلها الاستيثاق[9]،وبناءً على ذلك، فلا تصح كفالة من عليه حد ، أو قصاص.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 609، الموصلي، الاختيار، ج2، ص 168، ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص 360.

(2) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 310، الزرقاني، شرح الزرقاني ، ج6، ص46.

(3) الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج5، ص 160، حاشيتا قليوبي وعميره، ضبطه: عبد اللطيف عبد الرحمن، بيروت- لبنان، ط1، 1417-1997،ج2، ص 522-523.

(4) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 616، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص 131.

(5) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج6، ص360، المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج3،ص89 .

(6) النووي، روضة الطالبين، ج3، ص 486،قليوبي وعميرة ، حاشيتا قليوبي وعميرة ، ج2، ص522.

(7) البيهقي، السنن الكبرى، ، كتاب الضمان، باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق، ، السعودية - مكتبة الرشد، ط1، 1425 -2004، رقم الحديث،" 11606" ،ج6، ص 122.

(8) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 89، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص 31.

(9)ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص 360، الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 609، ص 70، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص 131 .

2- إن الحدود لا تدخلها النيابة، أي لا تستوفى من الكفيل، بل من المكفول عنــه[1].وهــذا يعني عدم صحة الكفالة فيها .

أدلة أصحاب الرأي الثاني

احتج القائلون بصحة كفالة بدن من عليه حق لأدمي، كالقذف، والقصاص بعدد من الأدلة ، وهي:

أولاً: أن حقوق الآدميين تجوز فيها الكفالة، كالحقوق المالية[2].وهذا يعني صحة كفالة مــن عليه حق لآدمي، كالقذف، والقصاص.

ثانياً: أن الكفالة شرعت لتسليم النفس، وهو واجب على الكفيل، فصحت به، كما في دعوى المال، بخلاف الحدود التي هي حق الله تعالى[3].

مناقشة الأدلة:

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول:

ناقش القائلون بصحة كفالة بدن من عليه حد أدلة القائلين بعدم جواز الكفالة بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لحديث" لا كفالة في حد"، فإن هذا الحديث للعلماء فيه كلام، فقد حكموا عليه بالضعف، قال أبو أحمد عمر بن أبي عمر الدمشقي: منكر الحديث عن الثقات، وقد تفرد به بقيــة عــن أبي محمد عمر بن أبي عمر الكلاعي، وهو من مشايخ بقية المجهولين، ورواياته منكرة[4].

ثانياً: بالنسبة لدرء الحدود بالشبهات، فهذا صحيح، ولكن المسألة هنا تتعلق بكفالة إحضار من عليه الحد، وليس بكفالة الحد ذاته، ولاسيما أن الحدود لا تدخلها النيابة[5].

ثالثاً: أما بالنسبة لإسقاط الحد بالشبهة، فهذا الأمر يكون بعد إحضار المكفول عنه، فإذا حامت شبهة حوله، فعندها يسقط عنه الحد.

الرأي المختار.

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة كفالة من عليه حد أو قصاص ، وســوق الأدلــة التــي احتجوا بها ، ومناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول ،فإنني أميل إلى القول: بصحة كفالة من عليه الحد، أي: كفالة إحضاره؛ لتطبيق الحد الواجب عليه، خصوصاً إذا كان الكفيل يعرف مكانه، وعنده القدرة على إحضاره إلى مجلس القضاء؛ لتطبيق العقوبة اللازمة عليه إذا كان الحد يتعلق بحقوق الآدميين،

---

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج7، ص186، ابن رشد ، المقدمات الممهدات ، ج2 ، ص72.
(2) المطيعي، تكملة المجموع، ج13، ص 153.
(3) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 89، ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص 360.
(4)البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الضمان ، باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق، ج6، ص 122.
(5) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج7، ص186.

وبذلك تستوفى الحقوق الآدمية، وهذا بدوره يؤدي إلى استقرار النفوس، واطمئنانها إلى حقوقها، وخلو المجتمع من الجرائم التي قد تأتي عليه من القواعد، ولكن ذلك مضبوط في وقت معين، وذلك عندما لم تكن هناك وسائل متطورة لإحضار من ثبت عليه حد، أو قصاص، ولكن في الزمن الحاضر اختلف الحال، ولدى الدولة أجهزة متطورة، تمتلك القدرات السريعة في إحضار من ثبتت عليه جريمة الحد، أو القصاص، بحيث لا تلجأ إلى الأفراد إلا في حدود ضيقة، وذلك إذا كان مستحق العقوبة في مكان لا يعرفه إلا الكفيل، فعندها تصح الكفالة.

الفرع الثاني: كفالة المال، وينقسم إلى:

كفالة الدين وشروطه:

ومعنى ضمان الدين: أن الضامن يلتزم ما في ذمة المضمون عنه من حق، بحيث تشغل به ذمته، كما شغلت ذمة المدين، وإذا دفع أحدهما الدين برئت ذمة الآخر[1].

لا خلاف بين العلماء في صحة كفالة الدين الثابت في ذمة المدين[2]؛ ولذا فإنني سأتطرق لبحث الشروط التي لا بد منها لصحة كفالة الدين.

شروط الدين المضمون عن الأصيل:

أولاً: يشترط في المكفول به أن يكون مضموناً على الأصيل[3]، وهذا يعني أن إيفاءه يلزم الأصيل؛ لأنه إذا لم يكن مضموناً على الأصيل لأدى ذلك إلى مطالبة الكفيل دون المدين الأصيل، ومن الديون المضمونه التي تصح الكفالة بها، ثمن المبيع، وغيره من الديون الصحيحة.

ثانياً: أن يكون الدين لازماً، أو آيلاً إلى اللزوم، والدين اللازم هو: الذي لا يسقط إلا بالقضاء ،أو الإبراء، والدين الآيل إلى اللزوم، كالجعل الذي يحدد لمن يأتي بأمر ما، فمجرد أن أتى به، فإنه يعطي ما جعل له، أي: أنه يؤول إلى اللزوم، أما غير ذلك فلا يصح ضمانه كدين الكتابة؛ لأن المدين، وهو العبد المكاتب له فسخ عقد الكتابة متى أراد، وبالتالي فلا يعتبر دينه لازماً، ولا آيلاً إلى اللزوم[4].

---

(1) الشيرازي، المهذب، ج2، ص 148، المطيعي، تكملة المجموع، ج13، ص 104.
(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 607، الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 309؛ الشيرازي، المهذب، ج2، ص 148، ابن قدامة ، المغني ، ج4، ص 592.
(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 607، مجلة الأحكام العدلية مادة (631).
(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 273.

ثالثاً: أن يكون حقاً ثابتاً(*) عند العقد؛ وبناءً على ذلك لا يجوز ضمان ما لم يجب، وذلك كأن يقــول لآخر:أضمن لك ما ستقرضه لفلان.

وهذا الشرط ذهب إليه الشافعي [1]في الجديد، والظاهرية[2]. بينمــا ذهــب الجمهــور مــن الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعي[5] في القديم، والحنابلة[6]إلى صحة ضمان ما لم يجب.

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول .

أحتج القائلون بعدم صحة ضمان ما لم يجب بعدد من الأدلة ، وهي:

أولاً: أنه شرط ليس في كتاب الله عز وجل؛وبناءً على ذلك، فهو باطل[7].

ثانياً: أن الضمان عقد واجب، ولا يجوز الواجب في غير الواجب[8].والوجوب يختص بالكفيل، فبعد كفالته يصبح الضمان واجباً في حقه ، فلا يتحلل منه إلا بالأداء ، أو الإبراء.

ثالثاً: أن الضمان وثيقة بالحق، فلا تسبقه كالشهادة[9].

أدلة القالين بصحة ضمان ما لم يجب

احتجوا بعدد من الأدلة من القرآن، والمعقول، وهي:

أولاً: القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ﴿ **قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ** ﴾[10].

(*) يجوز عند الجمهور ضمان ما لم يجب، الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص309، النووي ، منهاج الطالبين ، ج2، ص 146، ابن قدامة، المغني، ج4، 597.

(1) النووي، منهاج الطالبين، ج2، ص146.

(2) ابن حزم، المحلى، ج8، ص 255.

(3) الحصكفي، الدر المختار، ص 454.

(4)عليش، منح الجليل على شرح مختصر خليل، ج6، ص 134.

(5)النووي، منهاج الطالبين، ج2، ص146.

(6)ابن قدامة، المغني، ج4، ص597.

(7) ابن حزم، المحلى، ج8، ص255.

(8) المصدر السابق، ج8، ص 255.

(9)الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 272.

(10) سورة يوسف، الآية 72.

وجه الدلالة:

الآية تدل على ضمان حمل بعير، مع أنه لم يكن قد وجب[1]،وبما أنه صح ضمان حمل البعير قبل وجوبه، فهذا فيه دلالة على جواز ضمان ما لم يجب.

ثانياً: المعقول:

ما دام أن الشي سيؤول إلى الوجوب، فإنه يجوز ضمانه[2].

رابعاً: أن يكون الدين المضمون معلوماً، فلا يصح ضمان الدين المجهول، كأن يقول الكفيل لآخر: ضمنت ما لك من دين على فلان من الناس، فمثل هذا الضمان لا يصح؛ لجهالة الدين المضمون[3].

وهذا الشرط ذهب إليه الشافعي في الجديد من مذهبه[4].

وبالنسبة لبقية أصحاب المذاهب، الحنفية[5]، والمالكية[6]، والشافعي في القديم[7]، والحنابلة[8]، فلم أجد عندهم هذا الشرط، حيث إنهم أجازوا ضمان المجهول، كأن يقول أحدهم لأخر: أنا ضامن لك ما لك على فلان.

واحتجوا لرأيهم بعدد من الأدلة من القرآن، والمعقول ،وهي:

أولاً: القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ﴿ **وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ٧٢** ﴾ [9].

وجه الدلالة: أن حمل البعير غير معلوم؛ لأن حمل البعير يختلف باختلافه[10].**وبما أنه جاز ضمان حمل البعير مع عدم معرفة مقداره ، فإنه يجوز ضمان الدين المجهول .**

---

(1) ابن مفلح، المبدع، ج4، ص 138، البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص367.
(2) المصدران السابقان.
(3) الشافعي، الأم ،ج4،ص484. الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 274.
(4) النووي، منهاج الطالبين، ج2، ص147.
(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص 33.
(6) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 309.
(7) الشر بيني ، مغني المحتاج ، ج2، 274.
(8) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 592.
(9)سورة يوسف، " الآية" 72".
(10) ابن قدامة،المغني، ج4، ص 592.

ثانياً: المعقول:

1- إن الضمان هنا يعتبر التزام حق في الذمة من غير معاوضة، فصح في المجهول،كالنذر، والإقرار[1].

2- إن معرفة المضمون متيسرة [2]؛ وبناءً على ذلك ، فإنه يصح ضمان المجهول .

خامساً: أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل؛ ليكون العقد مفيداً ، وذلك في الأموال عند الجمهور، فلا تصح الكفالة بالحدود، والقصاص؛ لتعذر الاستيفاء من الكفيل، ولكن تصح كفالة الدين الثابت في ذمة من عليه حد ،أو قصاص، وكذلك كفالة إحضار من عليه حد، أو قصاص[3].هذا وقد عرضت آراء الفقهاء في مسألة حكم الضمان في الحدود، والقصاص في موطن سابق من هذا الفصل ، وسقت الأدلة التي احتج بها كل فريق مع المناقشة، والترجيح بالجواز لقوة الأدلة ضمن فترة زمنية محددة[4]، فلا حاجة لعرض الآراء في هذا الموطن ؛تجنباً للتكرار .

كفالة العين

وضمان العين يعني: إلزام الضامن برد العين المضمونة ما دامت موجودة ، وقائمة، فإذا هلكت، ضمن الكفيل مثلها، أو قيمتها[5].

أقسام العين، وحكم الضمان في كل منها:

أولاً: الأعيان المضمونة بنفسها ،وهي التي يجب على من أخذها أن يردها بعينها إن كانت موجودة، فإذا هلكت يضمن مثلها إن كان لها مثل، وإلا فعليه قيمتها[6].

حكم كفالة العين المضمونه بنفسها:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين ، هما :

الرأي الأول: تصح كفالة العين المضمونة بنفسها ،وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية[7]، وبعض الشافعية[8]، والحنابلة[9].

---

(1) المصدر السابق،ج4، ص592 .
(2)الشربيني ، مغني المحتاج، ج2، ص 274.
(3)الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص609 ،الشربيني ،مغني المحتاج، ج2، ص 274، ابن قدامة، المغني، ج4، ص616.
(4) ص 104- 105.
(5) الموصلي، الاختيار، ج2، 170، ابن قدامة، المغني، ج4، ص 595.
(6)ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، 385،المطيعي، تكملة المجموع، ج13، ص 106.
(7) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص 387.
(8) الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج5، ص 159، حاشيتا قليوبي وعميرة ،ج2، ص525.
(9) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 595، ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ، ج4، ص142.

الرأي الثاني: عدم صحة كفالة العين المضمونة بنفسها، وهذا ما ذهب إليه المالكية[1]،وبعض الشافعية[2].

وعند المالكية إذا ضمن الكفيل التعدي، أو التفريط في العين ،فإن الكفالة تصح في هذه الحالة، فهنا يضمن الكفيل مثلها إن كان لها مثل، وإلا فقيمتها.

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بصحة كفالة العين المضمونة بنفسها بالأدلة الآتية:

أولاً: أنها مضمونة على من هي في يده، فصح ضمانها، كالحقوق الثابته في الذمة[3].

ثانياً: أن هذا النوع من الأعيان مقدور التسليم، فيجب تسليمها حال قيامها، وقيمتها حال هلاكها[4].

ثالثاً: أن الحاجة تدعو إلى ضمان هذا النوع من الأعيان؛ لتحقيق المصلحة، ورد الحقوق إلى أصحابها من قبل القادرين على ذلك.

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون بعدم صحة الكفالة في العين المضمونه بنفسها بالأدلة الآتية:

أولاً: أن العين إذا كانت باقية، فالواجب ردها، وذلك مما قد يعجز عنه الضامن ، فإن تلفت لزم غرم قيمتها، وذلك مما لم يضمنه الضامن مع ما فيها من الجهالة[5].

ثانياً: لا يصح ضمان هذا النوع من الأعيان؛ لأن الأعيان لا تثبت في الذمة[6]،وهذا يعني أن الضمان لا يصح إلا في الأشياء التي تقبل الثبوت في الذمة، كالدين .

الرأي المختار:

بناءً على ما سبق من عرض آراء الفقهاء في مسألة ضمان الأعيان المضمونه بنفسها، وسوق الأدلة؛ فإنني أميل إلى ترجيح القول بصحة كفالتها؛ لقوة ما استدلوا به من أدلة؛ لدعم رأيهم ومن جهة أخرى، فإن ما استدل به الفريق الآخر لا يستقيم لهم؛ لأن الضامن ليس بالضرورة أن

(1) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 308-309، الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج6 ، ص46.
(2)الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج5، ص 161-162، الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج6، ص434، حاشيتا قليوبي وعميرة ، ج2، ص525.
(3) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 595.
(4) الموصلي، الاختيار، ج2، ص 170.
(5) الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص434.
(6)عليش،منح الجليل،ج6، ص135، الزرقاني، شرح الزرقاني ، ج6، ص46، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص 542.

يعجز عن تسليم ما ضمنه، أو ضمانه إذا هلك،وأما قولهم : أن الضمان لا يصح في الأعيان؛ لكونها لا تثبت في الذمة ، فقد أجيب عنه بأن الضمان في الحقيقة إنما هو استنقاذ العين، وردها، والتـــزام تحصيلها، أو قيمتها عند تلفها[1]،ومن جهة أخرى، فإن التوسعة على النـــاس، وقــضاء حـــوائجهم تقتضي القول: بجواز كفالة الأعيان المضمونة بنفسها؛ لأن ما يقدر عليه الكفيل من إرجاع الحقـــوق لأصحابها بما لديه من خبره، أو قدرات، قد لا يستطيع صاحب الحق نفسه أن يقوم به.

وبناءً على ما سبق، فإذا كانت العين المضمونة مغصوبة، فإنه يلزم الضامن إحضارها مـــا دامت قائمة، وتسليمها إلى صاحبها، أما إذا هلكت، فإنه يضمن مثلها إذا كان لها مثل، فإن لم يكـــن لها مثل فالواجب عليه قيمتها.

وفي الزمن الحاضر من غصب سيارة وجب عليه أن يردها ما دامت موجودة، فإن تلفـــت وجب عليه ضمان قيمتها لصاحبها، أما إذا غصب قطعة من المجوهرات، ثم فقدت، ولم يكـــن لهـــا مثل، ففي هذه الحالة يجب على الغاصب أن يضمن قيمتها لصاحبها[2]. وبالنسبة للضامن، فإنه يلزم بضمان مثل الشيء المغصوب إذا كان له مثل ، فإن لم يكن له مثل ، فعليه ضمان قيمته .

ثانياً: الأعيان المضمونة بغيرها:

للفقهاء في هذه المسألة رأيان ، هما :

الرأي الأول:

يجب على الضامن لها أن يسلمها ما دامت موجودة، أما إذا هلكت فلا يجب تسليم مثلها، ولا قيمتها؛ لأنها مضمونة بغيرها، وهذا ما ذهب إليـــه كـــل مـــن الحنفيـــة[3]، وبعـــض الـــشافعية[4]، والحنابلة[5].

ومثال ذلك المبيع قبل القبض، والمرهون بيد المرتهن، فالمبيع مضمون بالثمن، والمرهـــون مضمون بالدين، فإذا هلك المبيع، فإن الثمن يسقط عن المشتري، وكذلك إذا هلك المرهـــون ســـقط الدين عن الراهن إذا كان يساوي قيمة الرهن[6].

---

(1)ابن قدامة، المغني، ج4، ص 595.
(2) المطيعي ، تكملة المجموع ، ج13 ، 106.
(3)ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص 385؛ ابن عابدين رد المحتار، ج7، ص590.
(4) الشربيني، مغني المحتاج ، ج2، 275، المطيعي، تكملة المجموع، ج13، ص104-120.
(5)ابن قدامة، المغني، ج4، ص 595، ابن مفلح ، المبدع ، ج4،ص142.
(6) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج3، ص92، ابن عابدين ، رد المحتار ، ج7، ص590.

الرأي الثاني:

لا يصح ضمان تسليمها، ولا قيمتها، وهذا ما ذهب إليه المالكية(1)، وبعض الشافعية(2).

ودليلهم لهذا الرأي يظهر من خلال ما ورد عند المالكية : بأن المعينات لا تقبلها الذمم، أي: لا تثبت في الذمة ؛ وبناءً على ذلك لا يصح ضمانها (3).

إلا أنه يصح ضمان هذا النوع من الأعيان في حال التعدي عليها، فإذا حصل تعد على العين المضمونة بنفسها، فإن الكفيل يضمن.

هذا وقد ورد عند الخرشي من المالكية ما يؤكد الحكم السابق، ونص قوله : "فلا يصح ضمان معين كمن باع سلعة معينة على أنها إن هلكت قبل القبض كان عليه عينها، وكذا إن باع على أنها إن استحقت لزمه عينها، وهذا إذا ضمن أعيانها، فإذا ضمن ما يترتب عليها بسبب التعدي، والتفريط، فإنه يصح" (4).

الرأي المختار:

يصح ضمان تسليم الأعيان المضمونة بغيرها ما دامت موجودة،وذلك بأن يلتزم الكفيل تسليمها مادامت قائمة ؛ لأنه في هذه الحالة يكون بمقدور الكفيل أن يسلمها للمكفول له ، أما إذا هلكت فلا يصح ضمانها؛ لأنها مضمونه بغيرها، فالمبيع يسقط بالثمن، والمرهون يسقط بالدين.

شرط كفالة العين:

بالنسبة للأعيان يشترط لصحة ضمانها أن تكون مضمونة على من هي في يده، ومثالها الأعيان المغصوبة، والمقبوض على سوم الشراء، وذلك إذا ساوم شخص آخر على سلعة، وسمى ثمنها لصاحبها، ثم استلمها لينظر فيها، فالكفالة تعد صحيحة في مثل هذه الحالة (5).

---

(1) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 308، الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج6 ، ص46 .
(2)المطيعي، تكملة المجموع، ج13، ص106. الرافعي، شرح الكبير، ج5، ص162.
(4) عليش ، منح الجليل، ج6، ص135، الزرقاني، شرح الزرقاني ، ج6 ، ص46، الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص308-309.
(4)الخرشي،حاشية الخرشي، ج6، ص308-309.
(5) المرغيناني، الهداية ، ج3،ص92، المطيعي ، تكملة المجموع ، ج13، ص124-127.

ثالثاً: الأعيان غير المضمونة (الأمانات):

من خلال النظر، والبحث في المصنفات الفقهية وجدت أن الأمانات[*] ، كـــالعين المودعـــة، ومال الشركة، والعين المؤجرة لا تصح الكفالة فيها باتفاق الفقهاء[1]، بمعنى أنه لا يضمن قيمتها إذا هلكت؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: لكونها غير مضمونة على الأصيل[2]. باعتباره مؤتمناً على الأمانات التي تحت يـــده، فلا يضمن إلا بالتعدي ،أو التفريط في الحفظ.

ثانياً: أن الواجب على واضع اليد على الأمانات أن يخلي بينها، وبين مالكها[3].

ومع أن الأصل في الأمانات عدم صحة الكفالة فيها، إلا أنه استثناءً من هذا الأصل تـــصح كفالتها ، في حال تعرضها للتعدي بحيث يؤدي ذلك إلى تلفها، أو إذا فرط الأمـــين فـــي المحافظـــة عليها، ففي مثل هذه الحالة تصح كفالتها ، وذلك كأن يقول: أنا كفيل إن أضاع المكفول عنـــه هـــذه الأشياء، أو استهلكها[4].

فإذا تكفل بضمانها في حال تعرضها للتعدي، أو التقصير بالحفظ، فإنه يـــضمن إذا تلفـــت، وذلك برد المثل، أو القيمة إن كانت من القيميات.

فمن أودع سيارته عند آخر ، فقام المودع عنده باستعمالها لمصلحته الشخصية ، أوحفظهـــا في مكان لا يحفظ مثلها فيه ، فتعرضت للسرقة ، فإن الكفيل يتوجب عليه ضـــمان قيمـــة الـــسيارة لصاحبها ؛ لأن ضمان الأمانات في حال تعرضها للتعدي صحيح ، كما بينت سابقاً.

المطلب الثالث: ما يترتب على الكفالة من حقوق والتزامات :

إن البحث في هذه المسألة يتطلب النظر في حكم المطالبة بالدين الثابت بذمة الأصيل، هـــل يحق للمكفول له أن يطالب الكفيل وحده، أم أنه يطالب الطرفين معاً؟ هذا ما سأبحثه – بمـــشيئة الله

(*) عند الحنفية، تعتبر العين المستأجرة، والعارية من أقسام ما هو واجب التسليم، فهذا النوع من الأمانات يجـــوز ضمان تسليمه،أما إذا هلكت فلا شي على الكفيل، ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 590.

(1)صدر الشريعة، مختصر الوقاية، ج2، ص 163، الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 308–309، الـــشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 275، البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 376.

(2)ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص 386، الشربيني ،مغني المحتاج، ج2، ص 275، المطيعي، تكملة المجموع، ج13، ص 120.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 275.

(4) السرخسي، المبسوط، ج20، ، ص103 ، مجلة الأحكـــام العدليـــة، م (631) ص 69، الدســـوقي، حاشـــية الدسوقي، ج4، ص542، البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 376.

تعالى – من خلال عرض آراء الفقهاء في المسألة، ومن ثم الخروج بالرأي الذي أراه راجحاً بقوة الأدلة المستند إليها.

الرأي الأول: يثبت الحق في ذمة الطرفين، ويجوز لصاحب الحق أن يطالب من شاء منهما، وذلك في الحياة، وبعد الممات، أي: يستوفى الحق بعد الموت من التركة، وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء الحنفية(1)، وبعض المالكية(2 ، والشافعية(3) ،والحنابلة (4).

الرأي الثاني: ذهب أصحابه إلى القول: بأن الحق المضمون ينتقل من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن؛ وبناءً على هذا الرأي، فإن صاحب الحق يرجع بالمطالبة على الكفيل "الضامن"، وهذا الرأي ذهب إليه كل من أبي ثور(5)، وابن أبي ليلى(6)، (*)وابن شبرمة، وداود من الظاهرية(7).

الرأي الثالث: أن صاحب الحق لا يطالب الكفيل "الضامن"، إلا في حال تعذر مطالبة المدين، أي: أن صاحب الحق يتوجه أولاً إلى المدين الأصيل إذا كان مليئاً، وذا قدرة مالية كافية، وهذا ما ذهب إليه بعض المالكية(8).

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 612، السرخسي، المبسوط، ج19، ص 161.

(2) الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 438–439، ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 223، الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج7 ، ص44، الزرقاني، شرح الزرقاني، ج6، 53.

(3)الشافعي، الأم،ج4،ص484، النووي، روضة الطالبين، ج3، ص 496، الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج6 ، ص436.

(4) الرحيباني، مطالب أولى النهى، ج3، ص 296، الضرير، الواضح في شرح مختصر الخرفي، ج2، ص 505.

(5) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 603.

(6) السرخسي، المبسوط، ج19، ص 161.

(*) ابن شبرمة : عبد الله بن شبرمة ولد سنة اثنتين وسبعين من الهجرة، وتفقه بالشعبي قال حماد بن زيد: ما رأيت كوفياً أفقه من ابن شبرمة ، وقال ابن شبرمة: إذا اجتمعت أنا والحارث – يعني العكلي – على مسألة لم نبال من خالفنا ، مات سنة مائة وأربع وأربعين (الشيرازي ، أبو اسحاق ، طبقات الفقهاء، حققه إحسان عبد القدوس بيروت– لبنان، دار الرائد العربي ،1970، ج1، ص84.

– ابن أبي ليلى : عبد الرحمن ابن أبي ليلى ولد سنة أربع وسبعين ، تفقه بالشعبي ،والحكم بن عتيبة ، قال سفيا ن الثوري: فقهاؤنا ابن أبي ليلى، وابن شبرمة ، مات ابن أبي ليلى سنة ثمان وأربعين ومائة ، المصدر السابق ج1، ص 84.

– أبو ثور : إبراهيم بن خالد الكلبي البغدادي ، ويكنى بأبي عبد الله حدث عن سفيان بن عيينة، ووكيع ،والشافعي ، قال عنه ابن حبان : كان أحد أئمة الدنيا فقهاً، وعلماً ،وورعاً ، صنف الكتب، وفرع على السنن، وذب عنها مات في صفر سنة أربعين ومائتين ،الذهبي ، أبو عبد الله شمس الدين، تذكرة الحفاظ ، دار احياء التراث العربي، ج2، ص 512–513.

(7) ابن حزم، المحلى، ج8، ص 250.

(8) الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 438، الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج6، ص53.

الرأي الرابع: الكفالة توجب المطالبة فقط دون ثبوت الدين في ذمة الكفيل، وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية[1].

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بثبوت الحق في ذمة الطرفين بعدد من الأدلة من السنة، والمعقول، وهي:

أولاً: السنة:

1- عن أبي هريرة- رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال:" نفس المؤمنة معلقة بدينه"[2].

وجه الدلالة :يدل الحديث على ثبوت الدين في ذمة الطرفين، فالمضمون عنه لا يبرأ حتى يقضي الضامن الدين الثابت في ذمته[3].

2- احتجوا بخبر أبي قتادة[*] وذلك عن جابر بن عبدا لله _ رضي الله عنهما – أن النبـــي _صلى الله عليه وسلم- قال لأبي قتادة _رضي الله عنه –: " الآن بردت عليـــه جلدتـــه"[4]. وجاء هذا القول من رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بعد أن قام أبو قتادة بـــأداء الـــدين الذي تكفل به عن الميت .

وجه الدلالة: أن ذمة المكفول عنه لا تبرأ بوجوب الكفالة على الكفيل حتـــى يـــؤدي الـــدين عنه[5] ، فدل ذلك على ثبوت الحق في ذمة الطرفين ، وهذا يعني صحة مطالبة صاحب الحق لكـــل واحد منهما .

---

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج7، ص 154، الزيلعي، تبيين الحقاق، ج5، ص 19–20.

(2) الحاكم ، المستدرك على الصحيحين ، كتاب البيوع ، رقم "2266" ، ج2، ص 159 ، صـــحيح علـــى شـــرط الشيخين ولم يخرجاه.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص436.

(*)أبو قتادة : هوالحارث بن ربعي ، وهو فارس رسول الله- صلى الله عليه وسلم- أختلف في شهوده بدرا ً، وشهد أحداً وما بعدها من المشاهد مات بالمدينة سنة أربع وخمسين ، وقيل مات في خلافة علي بن أبي طالب بالكوفة ، وهو ابن سبعين سنة. الزركلي ،خير الدين، الأعلام ، بيروت- لبنان، دار العلـــم للملايـــين، ط6 ، 1984 ،ج2، ص 154.

(4) البيهقي، السنن الكبرى، رقم الحديث "11593"، ج6، ص 118. الحديث صحيح الإسناد كما ورد عند الحـــاكم، في المستدرك ، كتاب البيوع ، رقم " 2393" ج2، ص 189 .

(5) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج2، ص72.

ثانياً: المعقول:

1- إن صاحب الحق له مطالبة الطرفين، وأن ذمة الأصيل لا تبرأ من الدين،ولو كانت الكفالة مبرئة لكانت حوالة، وهما متغايران؛ لأن تغاير الأسامي دليل تغاير المعاني، وهذا يعني أن الحق يثبت في ذمة الطرفين[1]. فأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر، بل يملك مطالبته.

2- وينبثق دليل لأصحاب هذا الرأي من معنى الضمان، فالضمان يعني: الضم، أي: ضم الذمتين إلى بعضهما البعض في تعلق الحق بهما، ومن ثم يثبت حق التوجه في المطالبة إلى الطرفين[2].

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون بأن الحق ينتقل الى ذمة الكفيل بعدد من الأدلة من السنة، والمعقول ،وهي:

أولاً: السنة:

عن سلمة بن الأكوع – رضي الله عنه- أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: هل عليه دين" قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتي بجنازة أخرى فقال: "هل عليه دين"[3].؟ قالوا: نعم، قال: "صلوا على صاحبكم" قال أبو قتادة: علي دينه يا رسول الله[4]. فصلى عليه البني ﷺ.

وجه الدلالة: ورد الحديث ببراءة ذمة المضمون عنه، وهو الأصيل[5]، ومعنى ذلك أن الحق انتقل من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل، وهذا الحكم تمت استفادته من قوله ﷺ :"وبرئ الميت منهما"[6] أي: من الدينارين.

ثانياً: المعقول:

إن ما ثبت في محل فرغ منه سائر المحال ضرورة، وإذا ثبت في محل آخر فرغ منه المحل الأول ضرورة، فلا يكون الدين ثابتاً في ذمتين، فإذا ثبت في ذمة الكفيل ،فمن ضرورته براءة ذمة الأصيل[7].

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 612.
(2) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 604.
(3) وفي رواية البيهقي، "أن الدين الذي على الميت ديناران".البيهقي ، السنن الكبرى ، ج6، ص118.
(4)البخاري، صحيح البخاري، رقم الحديث " 2295"، ج2، ص 66 ".
(5) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 603.
(6) البيهقي، السنن الكبرى ، ج6، ص118.
(7) المصدر السابق، ج4، ص 603، السرخسي، المبسوط، ج19، ص 161-162.

دليل الرأي الثالث:

احتج القائلون بمطالبة الكفيل عند تعذر مطالبة المدين بما يأتي:

أن الكفالة بمثابة وثيقة بالدين، فأشبه الرهن، فكما لا سبيل إلى الرهن إلا عند ُعدم الراهن، أي: عسره، كذلك لا سبيل إلى الكفيل إلا عند عُدم المضمون عنه، وذلك على المشهور[1]، وهذا يتطلب من الكفيل أن يثبت بالبينة قدرة المضمون عنه على الوفاء بالدين، فإذا لم يثبت ذلك ،فإنه يغرم الدين الذي تكفله عن المضمون عنه[2]..

أدلة أصحاب الرأي الرابع : احتج القائلون بأن الكفالة توجب المطالبة فقط بالأدلة الآتية :

أولاً: أن اعتبار الدين في ذمتين وإن أمكن شرعاً،فلا يحكم بثبوته ؛لأنه لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب، ولا موجب هنا،وهذا يعني أنه من المحال ثبوت الدين الواحد في ذمتين ،فلا يصار إليه إلا عند الضرورة ، كما إذا وهب الدين له ، أو اشترى به منه شيئاً،فحينئذ يقدر الدين على الكفيل ؛ ضرورة تصحيح تصرفه ، فيجعل في حكم دينين ، وبما أنه لا ضرورة هنا ، فلا حاجة إلى هذا التقدير[3]، أي: أن الدين يبقى ثابتاً في ذمة الأصيل ، وبالنسبة للكفيل فلا يثبت عليه إلا المطالبة فقط .

ثانياً: أن التوثق– للدين – يحصل بثبوت المطالبة ، وهو لا يستلزم ثبوته في ذمتين[4].

ثالثاً: أن سببها ،أي الكفالة : مطالبة من له الحق ؛ للتوثق بتكثير محل المطالبة ، أو تيسير وصول حقه إليه[5] ؛ وبناءً على ذلك فلا يثبت الدين في الذمتين ،وبالنسبة للكفيل فليس عليه إلا المطالبة بالدين الثابت في ذمة الأصيل .

مناقشة الأدلة:

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول:

ناقش القائلون بثبوت الدين بذمة الكفيل أدلة القائلين بثبوته في ذمة الطرفين بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لحديث: " نفس المؤمن معلقة بدينه"، ورد عند ابن حزم أن هذا الحديث غير صحيح[6].

---

(1) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 316، الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 287، الحطاب، مواهب الجليل لشرح خليل، ج7، ص 43.
(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج 7، ص 44.
(3) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج7،ص154.
(4) لمصدر السابق ، ج7 ، 154.
(5) الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج5، ص20.
(6) ابن حزم ، المحلى ، ج8 ، 253ص.

ومن جهة أخرى قالوا: إن الحديث ليس فيه دلالة على بقاء الدين على المضمون عنه، وإن المطالب بدينه في الآخرة، إنما هو من مطل وهو غني، فعندها صار ظالماً، أما غير المماطل،فلا يعد ظالماً، وحق الغريم إزاء المدين، إنما يؤخذ من التركة[1].ويمكن الرد على قول ابن حزم والذي حكم بعدم صحة الحديث، وذلك من خلال ما ورد عند الحاكم من القول : بأن هذا الحديث صحيح على شرط الشيخين[2]؛ وبناءً على هذا الحكم ، فإن الحديث يحتج به ، ويعمل بمقتضاه .

ثانياً: بالنسبة لحديث: " الآن بردت عليه جلدته"، فقد ورد القول: بأنه لا دلالة فيه على بقاء الدين على الميت، ولا في رجوعه عليه، لأن نص الخبر قد ورد فيه بعينه: "أن الميت قد برئ من الدين وأن حق الغريم على الزعيم"، وأن التبريد قد يكون تبريداً زائداً دخل عليه حين القضاء عنه[3].

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني:

ناقش أصحاب الرأي الأول أدلة القائلين بثبوت الدين بذمة الكفيل بما يأتي:

أولاً: أما استدلالهم بحديث أبي قتادة، فالجمهور على أن الحديث لا يدل على تحول الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل، وإنما يفهم منه الحث ،والحض على الوفاء بالدين؛ وحتى لا يتهاون الناس في الديون، وبقائها في الذمم،وبالتالي فإن الحق يبقى ثابتاً في ذمة كل واحد منهما، وللمكفول له مطالبة الأصيل، أو الكفيل؛ من أجل استيفاء حقه[4] .

ثانياً: أما صلاته – عليه السلام – على الميت بعد امتناعه؛ فلأنه بالضمان صار كمن ترك وفاءً؛ فلذلك صلى عليه[5].

ثالثاً: أما بالنسبة لاستحالة ثبوت الدين في ذمتين، فهذا لا يصح؛ لأن معنى ثبوت الدين في الذمة إنما هو استحقاق المطالبة به، وليس يمتنع أن يكون الحق الواحد يستحق المطالبة به لشخصين، وذلك قياساً على الغاصب، فإذا غصب شيئاً ثم غصبه منه غاصب، واستهلكه كان للمالك مطالبة كل واحد منهما، ولم يكن ذلك مستحيلاً، فكذلك الأمر في الضمان[6].

---

(1) المصدر السابق ، ج8 ، 253.
(2)الحاكم ، المستدرك ، كتاب البيوع ، رقم " 2266" ، ج2، ص159.
(3) ابن حزم ، المحلى ، ج8 ، ص254.
(4) المطيعي ، تكملة المجموع ، ج13، ص 136.
(5) الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص 436.
(6) المصدر السابق، ج6، ص 437.

مناقشة أدلة الرأي الثالث:

نوقشت أدلة أصحاب الرأي الثالث بما يأتي:

أولاً: أن الحق ثابت في ذمة الضامن، فملك مطالبته كالأصيل؛ ولأن الحق ثابت في ذمتهما، فإن المالك له مطالبة من شاء منهما، كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه(1).

ثانياً: بالنسبة للقياس على الرهن، أنه لا يشبه الرهن؛ لأنه مال من عليه الحق ،وليس بذي ذمة يطالب، إنما يطالب من عليه الدين؛ ليقضى منه ،أو من غيره(2).

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الرابع:

نوقشت أدلة القائلين بأن الكفالة تعني ثبوت حق المطالبة بما يأتي :

أولاً: يجوز تعلق الدين في ذمتين على سبيل الاستيثاق ، كتعلق دين الرهن به، وبذمة الراهن. (3)

ثانياً: لا مانع من ثبوت الدين في ذمتين ؛ لأنه لا يستوفى إلا من أحدهما ، كالغاصب مع غاصب الغاصب ، فإن كل واحد منهما ضامن للقيمة ، وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة ؛ لأن الحق لا يستوفى إلا من أحدهما ، فإذا اختار تضمين أحدهما ، برىء الآخر ، فكذا هنا لكن بالقبض لا بمجرد الاختيار . (4)

ثالثاً: أن ثبوت الدين في الذمة من الاعتبارات الشرعية ، فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين، وإنما يمتنع في عين تثبت في زمن واحد في ظرفين حقيقيين . (5)

الرأي المختار:

بعد عرض الآراء في مسألة حكم الكفالة، والمطالبة بالدين،وسوق الأدلة ومناقشتها، فإنني أميل إلى ما ذهب إليه الجمهور من القول: بأن صاحب الحق له مطالبة الطرفين بحقه، فله أن يطالب الأصيل؛ لأن الدين ثبت في ذمته ابتداءً، وله الحق في مطالبة الكفيل؛ لأنه عندما أقدم على الكفالة رضي بأن تشغل ذمته بالدين، وبالتالي يثبت عليه حق المطالبة.

أما بالنسبة للأسباب التي دعتني إلى القول بترجيح رأي الجمهور، منها ما يتعلق بالأدلة، وذلك أن ما استدلوا به كان واضحاً في الدلالة على بقاء الدين في ذمة الأصيل، وبنفس الوقت تشغل

---

(1) المصدر السابق، ج6، ص 437، ابن قدامة، المغني، ج4، ص 605، البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 364.
(2) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 605.
(3)المصدر السابق، ج4، ص 604.
(4) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج6 ، ص 342.
(5) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج7 ، ص154.

به ذمة الكفيل، مما يعني أن المطالبة بالدين تتجه إلى الطرفين، فإذا أدى الأصيل ما عليه، فقد برئت ذمة الكفيل، وإذا وفى الكفيل بالدين، فقد برئت ذمة الأصيل من الدين تجاه صاحب الحق، لكن يبقى الحق للكفيل في الرجوع، وهذا ما سأشير إليه – بمشيئة الله تعالى– في الصفحات القادمة.

ومن أسباب ترجيح رأي الجمهور، أن الأخذ بهذا الرأي هو الأولى؛ من أجل استقرار المعاملات المالية، والتجارية، وكذلك بقاء باب التعاون ،والتضامن مفتوحاً في المجتمع الإسلامي. وأماالقول بالرأي الذي يقضي ببراءة ذمة الأصيل من الدين، فإنه يؤدي إلى إحجام ،وامتناع كثير من الناس عن الإقدام على الكفالات، خصوصاً أنه سيتحمل غرماً ثقيلاً فوق كفالته للدين، وبالتالي فإن ذلك– الامتناع عن الكفالة– سيؤدي إلى إلحاق الضرر بأصحاب الحقوق، ولاسيما إذا كان هناك مدينون لا يستطيعون الوفاء بالدين في الوقت المحدد، وكان الدائن محتاجاً لحقه؛ من أجل تسيير معاملاته، وصفقاته التجارية، أو مشاريعه الزراعية، والصناعية؛ ومن المعروف أن الضرر مرفوع، ومرفوض في الشريعة الإسلامية، فلا ضرر ولا ضرار؛ لهذا كله فإنني ملت إلى ترجيح رأي الجمهور؛ وحتى لا تغلق أبواب، ومنافذ المعروف بين أفراد المجتمع الإسلامي.

بعد الانتهاء من بحث مسألة الالتزامات المترتبة على الكفالة ، ارتأيت البحث في مسألتين ، ضمان دين الميت ، وضمان الدرك .

الفرع الأول :كفالة دين الميت (ضمان دين الميت) :

إذا مات الإنسان وذمته مشغولة بالدين، فهنا لا يخلو حاله من أمرين: إما أن يترك وفاءً لدينه، وإما أن يموت مفلساً بحيث لا يترك ما تستوفى منه ديونه.

أما إذا ترك مالاً بعد موته، فلا خلاف بين العلماء في جواز كفالة الدين الثابت في ذمته(1)؛ لأن الكفيل بعد أن يؤدي الدين لأصحابه له أن يرجع على تركته؛ ليأخذ ما دفعه بموجب الكفالة.ولكن لا بد من أن يعلن عن كفالته ، وإلا فهو متبرع بما سيدفعه عن الميت .

ولكن الميت قد لا يترك وفاء لدينه، أي: يموت مفلساً ،ففي مثل هذه الحالة، هل تصح كفالة الدين عن الميت المفلس؟ هذا ما سأبينه – بمشيئة الله تعالى– من خلال عرض آراء العلماء في المسألة.

---

(1)الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج5 ، 48، الحطاب، مواهب الجليل، ج7،ص33،الأنصاري، أسنى المطالب،ج6، ص584 ، البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص368.

الرأي الأول، يجوز ضمان الدين عن الميت ،وهذا ما ذهب إليه كل من الصاحبين[1]من الحنفية[2] ،و المالكية[3] ،والشافعية[4]، و الحنابلة[5].

الرأي الثاني، عدم جواز ضمان الدين عن المدين إذا مات مفلساً، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة[6].

أما إذا كان الميت ذا مال، فلا مانع عند أبي حنيفة من كفالته، بحيث يرجع الكفيل على تركة الميت؛ ليأخذ ما دفعه من الدين بموجب الكفالة.

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

استدل القائلون بجواز كفالة دين الميت المفلس بعدد من الأدلة من السنة، والمعقول ، وهي:

أولاً: السنة:

روى سلمة بن الأكوع – رضي الله عنه– أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: " هل عليه دين"؟ قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتي بجنازة أخرى، فقال: " هل عليه دين"؟ قالوا: نعم، قال: " صلوا على صاحبكم" قال أبو قتادة:" علي دينه يا رسول الله"[7].

وورد الحديث من رواية جابر بن عبد الله – رضي الله عنهما–: أن النبي ﷺ قال: " عليه دين" فقيل: ديناران، فانصرف، قال: فتحملهما أبو قتادة، قال: فأتيناه، قال: فقال أبو قتادة: الديناران علي، فقال النبي ﷺ: " حق الغريم وبرئ منهما الميت" فصلى عليه رسول الله ﷺ، قال: فقال له: " بعد ذلك بيوم" ما فعل الديناران، قال: إنما مات أمس، قال: فعاد إليه في الغد، قال: قد قضيتهما، فقال النبي ﷺ: " الآن بردت عليه جلده"[8].

---

(1) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج6 ، ص390 ، الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج5 ، 48.
(2) ورد في المادة 633 من مجلة الأحكام العدلية:" لا يشترط يسار المكفول عنه وتصح الكفالة عن المفلس".
(3) عليش، منح الجليل، ج6، ص 131، الحطاب، مواهب الجليل، ج7، ص 32.
(4) النووي، روضة الطالبين، ج3، ص 473، الرافعي، العزيز، ج5، ص143
(5) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 368؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3، ص 302.
(6) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 93، الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج5، ص48.
(7) البخاري، صحيح البخاري، رقم الحديث "2295"، ج2، ص 66.
(8) البيقهي، السنن الكبرى، رقم الحديث "11593"، ج6، ص 118 ".الحديث: صحيح الإسناد، الحاكم ، المستدرك على الصحيحين، كتاب البيوع،رقم " 2393" ، ج2، ص189.

وجه الدلالة:

يدل الحديث على جواز الضمان عن الميت؛ لأن النبي ﷺ كان يمتنع من الصلاة على مـن مات وعليه دين، ولم يخلف وفاءً[1]، وبما أنه ﷺ صلى على الميت بعد أن تكفل أبو قتـادة بدينـه ، فهذا دليل على جواز ضمان دين الميت المفلس.

ثانياً: المعقول:

1- إنها كفالة بدين ثابت، وجب للطالب " للمكفول له" ولم يسقطه، فلم يسقط بالموت؛ ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة[2].

2- كل من صح ضمان دينه إذا كان حياً، صح ضمان دينه إذا كان ميتاً، كالموسر[3].

أدلة الرأي الثاني:

استدل من قال: بعدم صحة كفالة الدين عن الميت المفلس بعدد من الأدلة، وهي:

أولاً: أن الكفيل كفله بدين ساقط في حق أحكام الدنيا بالضرورة، إذا لم يترك مالاً،ولا كفـيلاً بـه، والكفالة بالساقط لا تجوز[4].

ثانياً: خراب ذمة الإنسان بعد موته، ولذلك ورد القول: "بأنه عجز عنه بنفسه وبخلفـه"[5]؛ وبنـاءً على ذلك جاء الرأي عند أبي حنيفة بعدم صحة كفالة دين الميت إذا كان مفلساً.

مناقشة الأدلة:

مناقشة أدلة القائلين بصحة ضمان دين الميت:

ناقش القائلون بعدم صحة ضمان دين الميت المفلس أدلة القائلين بصحة الضمان بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لاستدلالهم بالحديث الذي رواه سلمة بن الأكوع، نوقش بأنه يحتمل الإقرار عن كفالـة سابقة، والإنشاء، والوعد، وحكاية الفعل لا عموم لها[6].

ولكن لم يرد أن الميت الذي تكفل أبو قتادة بدينه، أن كفالته سابقة عن موته، بل إن واقـع الحال يقول: إن أبا قتادة كفله في الوقت الذي امتنع فيه النبي ﷺ من الصلاة عليه ؛ بسبب الدين الذي كانت ذمته قد شغلت به.

---

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص455، المطيعي، تكملة المجموع، ج13، ص113.
(2) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 93، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص 48، ابن قدامة، المغني، ج4، ص 593.
(3) الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص 455.
(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص 48، ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 594.
(5) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج7، ص 191.
(6) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص 390

ثانياً: بالنسبة لدليلهم بعدم سقوط الدين، أجيب عنه، بأن الدين يسقط في حق أحكام الدنيا، بسبب خراب ذمة الشخص بعد موته(1).

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني:

ناقش القائلون بجواز ضمان دين الميت أدلة القائلين بعدم الجواز بما يأتي:

أولاً: أن دين الميت لا يسقط بإعساره، والدليل على ذلك، قوله – صلى الله عليه وسلم-: "نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه"(2)، فكان على عمومه.

ثانياً: يجوز ضمان دين الميت مع إعساره؛ لأن من لزمه الدين إذا كان حياً، لزمه إذا كان ميتاً كالموسر(3).

ثالثاً: إذا ضمن رجل عن آخر مالاً ثم مات المضمون عنه معسراً، لم يبرأ الضامن، فدل على أن الحق لازم للمضمون عنه، فلم يسقط عنه بموته معسراً(4).

رابعاً: بالنسبة لاستدلالهم بخراب ذمته، وأن دين المعسر لم يبق له محل، فهذا الاستدلال يدفع إجماعاً؛ لأن الإجماع على أن الميت يلقى الله تعالى يوم يلقاه بوجوب الدين عليه، ويستحق صاحب الدين يوم القيامة عوضاً، ولو سقط ما استحق ذلك عليه(5).

الرأي المختار:

بعد النظر في الآراء الفقهية المتعلقة بكفالة دين الميت، وكذلك البحث في الأدلة التي استدل بها كل فريق،ومناقشتها، فإنني أميل إلى ما ذهب إليه الجمهور من القول بصحة كفالة الميت، أي: ضمان الدين الذي في ذمته، والترجيح لرأي الجمهور، إنما جاء لصراحة الأدلة بجواز كفالة الدين الثابت في ذمته ، ومن جانب آخر، فإن القول بصحتها هو الأحوط؛ لضمان حقوق أصحاب الديون، ولاسيما إذا كانت الديون تعد بمبالغ باهظة، ويعتمد عليها أربابها في أعمالهم التجارية ،واستثماراتهم في مجالات اقتصادية متعددة، وبالتالي فإن القول: بعدم صحة كفالة الدين عن الميت، سيؤدي إلى آثار سلبية بالمستوى المعيشي على أسرهم، وعلى دراسة أبنائهم ،ومستقبلهم، هذا بالإضافة للأضرار التي تعود على أنشطتهم التجارية، وهذا ما أشرت إليه قبل قليل.

---

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج7، ص 191.
(2) سبق تخريجه، ص115.
(3) الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص 454.
(4) المصدر السابق،ج6، ص 454.
(5) المصدر السابق، ج6، ص 455.

وبناءً على ما سبق، فإن كفالة دين الميت فيها إنقاذ لأصحاب الديون من الوقوع في مـــآزق مالية، وأحكام الإسلام صرحت بشكل واضح بضرورة تحقيق مصالح الأفراد في جميع المجـــالات، ومنها المصالح المالية، ولاسيما أن المال يعد عصب الحياة وبه قوام واستمرار حياة الإنسان.

ومن الفوائد التي تترتب على ضمان دين الميت، أن ذمته تبرأ من الدين الذي شـــغلت بـــه، ومن المعروف أن أمر الدين ليس سهلاً، ويسأل عنه الإنسان بعد موته إذا لم يوف الدين عنه.

والناس في بلادنا تمسكوا بسنة رسول الله ﷺ في هذا الشأن، فمن خلال حـــضوري لـــصلاة الجنازة في أكثر من مكان، أجد أن أحد ذوي الميت يقف، ويقول: إذا كان أحد له دين على المتوفى فنحن مستعدون للوفاء، ولكن هب أن الميت لا أقارب له في المكان الذي مات فيه، وأعلن الإمام أن الميت مدين لغيره بناءً على معرفته بحاله ، أو ذكر له ذلك، ففي هذه الحالة يجـــوز لأي مـــسلم أن يتكفل بالدين الثابت في ذمته، ومن ثم يقوم بأداء ما ضمنه .

الفرع الثاني: ضمان الدرك:

الدرك في اللغة : هو من التَّبعة ، ومنه ضمانُ الدركِ في عُهدةِ البيع ، والدركُ اسمٌ مـــن الإدراكِ ، وهو اللحَاق[1].

ضمان الدرك في الاصطلاح : أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مـــستحقاً، أو معيبـــاً، أو ناقصاً لنقص الصنجة[*][2].

أما بالنسبة لحكم ضمان الثمن للمشتري (ضمان الدرك) في حال استحقاق الثمن، أو خروج المبيع معيباً، فمن خلال البحث في بطون الكتب ،والمصنفات الفقهية، استطعت- بتوفيق الله تعالى- الوقوف على آراء الفقهاء في المسألة، وهي:

الرأي الأول:

جواز ضمان الدرك، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[3]، والمالكية[4]،والشافعية في المذهب[5]، والحنابلة[6].

(1) ابن منظور ، لسان العرب ، ج10 ، ص419.

(*) الصنجة: بفتح الصاد، كلمة فارسية عربت، والجمع صنج، وهي ما يوزن به، الشربيني ، مغني المحتـــاج،ج2، ص273.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 273.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص 366، المرغيناني، الهداية ، ج3، ص90.

(4) الحطاب، مواهب الجليل، ج7، ص 35، ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،ج2 ، ص 224.

(5)الشربيني، مغني المحتاج ، ج2، ص272 ، المطيعي، تكملة المجموع، ج13، ص 145.

(6) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 620،ابن قدامة ، الكافي ، ج2، ص167 .

الرأي الثاني:

عدم جواز ضمان الدرك، وهذا ما ذهب إليه بعض الشافعية[1].

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بصحة ضمان الدرك بعدد من الأدلة من القرآن، والسنة ،والمعقول،وهي:

أولاً: القرآن الكريم:

قال الله تعالى:﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴿٧٢﴾ ﴾[2].

وجه الدلالة: الآية تدل على جواز الضمان،و ضمان الدرك يعد أحد صور الضمان [3]؛ ولذا فإن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، أو ظهور عيب فيه ، فإنه يصح ، ويلزم به الضامن .

ثانياً : السنة:

قال ﷺ "الزعيم غارم"[4]. والزعيم هنا يعني: الكفيل، والحديث يشمل كل ما يصح ضمانه، ومنها ضمان الدرك[5].

ثالثاً: المعقول:

1- إن الحاجة تدعو إلى ضمان الدرك؛ لأن المشتري يسلم الثمن، ولا يأمن إن استحق عليه المبيع، ولا يمكنه أن يأخذ على الثمن رهناً؛ لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهناً[6].

2- لا يمكن للمشتري أن يستوثق بالشهادة؛ لأنه قد يفلس البائع ،فلا تنفعه الشهادة،فلم يبق مايستوثق به غير الضمان[7].

3- إن ضمان العين في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها، والتزام تحصيلها ،أو قيمتها عند تلفها، وهذا يصح فيما يتعلق بضمان الدرك؛ لأنه التزام برد الثمن ، أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب ، أو خرج مستحقاً[8].

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون بعدم صحة ضمان الدرك بعدد من الأدلة ،وهي:

---

(1)الشربيني، مغني المحتاج ، ج2، ص273، المطيعي،تكملة المجموع ،ج13، ص146 .
(2) سورة يوسف، الآية" 72 ".
(3) الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص 441.
(4) سبق تخريجه، ص9.
(5) الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص441.
(6) المطيعي، تكملة المجموع، ج13، ص 145-146، ابن قدامة، المغني، ج4، ص 596.
(7) الشيرازي، المهذب، ج2، ص 151، ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج4، ص 140.
(8) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 595.

أولاً: أن ضمان الدرك، إنما هو ضمان ما يستحق من المبيع، وهو مجهول[1]، وقد مر أن الشافعية يشترطون في المضمون أن يكون معلوماً.

ثانياً: أن ضمان الدرك يعد من ضمان ما لم يجب، وهو لا يصح عند بعض الشافعية[2].

مناقشة الأدلة:

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني:

ناقش القائلون بصحة ضمان الدرك أدلة القائلين بعدم صحة الضمان بما يأتي:

أولاً: بالنسبة للدليل الأول، والذي يتعلق بجهالة المضمون، فقد ورد بأن الجهالة معفو عنها؛ لأنه لا يمكن أن يجعل القدر الذي يستحق معلوماً[3].

ثانياً: أن الحاجة تدعو للقول بضمان الدرك؛ لأن المشتري يسلم الثمن، ولا يضمن أن يستحق المبيع، ولا يمكنه أن يأخذ رهناً على الثمن؛ لأن البائع لا يعطيه رهناً[4].

ثالثاً: بالنسبة لضمان ما لم يجب، فقد ورد جواز ذلك، بدليل ضمان الصداق قبل الدخول، والمبيع في مدة الخيار[5].

الرأي المختار :

بعد عرض آراء العلماء في ضمان الدرك،وسوق الأدلة التي استند إليها أصحاب كل رأي، فإن الذي تطمئن إليه النفس، إنما هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من القول: بصحة ضمان الدرك؛ وذلك لأن الحاجة في استمرار واستقرار المعاملات المالية، والتجارية تستدعي القول بصحة هذا النوع من الضمان، ولاسيما في الزمن الحاضر، وقد اتسع نطاق التعامل بين الناس، وتعددت صوره وأشكاله، فمن اشترى سيارة من تاجر، ودفع له الثمن، ثم تبين بعد ذلك أن السيارة مملوكة للغير، أي: مستحقة، أو أنها معيبة، ففي هذه الحالة إذا كان هناك كفيل بالثمن إذا ظهر المبيع معيباً، أو مستحقاً، فإن المشتري يطمئن إلى ضمان حقه مع وجود الكفيل بالثمن.

ومما يؤكد ترجيح القول بصحة ضمان الدرك، أن العرف جرى بالتعامل به، والعرف يصح العمل به إذا لم يناقض نصاً شرعياً، أو قاعدة من قواعد الشرع، ولاسيما أنه توجد عدة قواعد تؤكد

---

(1) المطيعي، تكملة المجموع، ج13، ص 145- 146 ، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 273.
(2) الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص 441.
(3) الشيرازي، المهذب، ج2، ص 151.
(4) المصدر السابق، ج2، ص 151.
(5) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 594.

صحة العمل بمقتضاه ، واعتماده في بناء الأحكام الشرعية، ومنها: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"[1]، و" استعمال الناس حجة يجب العمل به"[2]، وكذلك: " التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"[3].

الفرع الثالث : حالات براءة الكفيل :

حالات براءةالكفيل من الكفالة بالنفس:

في هذه المسألة لابد من الوقوف على الحالات التي يخرج فيها الكفيل عن الكفالة بالنفس، فلا يطالب بعدها فيما كفله.

الحالة الأولى: تسليم النفس إلى الطالب، أي: التخلية بين المكفول له، والمكفول بنفسه، وذلك في مكان يقدر على إحضاره إلى مجلس القاضي؛ من أجل استيفاء الحق بالمرافعة إلى القاضي، فإذا حصل المقصود خرج الكفيل عن الكفالة[4].

الحالة الثانية: الإبراء، وذلك إذا أبرأ الطالب الكفيل عن الكفالة بالنفس، ففي هذه الحال يخرج عن الكفالة بالنفس؛ لأن حكم الكفالة بالنفس هو المطالبة بالتسليم، والإبراء للكفيل لا يعني إبراء الأصيل؛ لأن الإسقاط خاص بالكفيل دون الأصيل[5].

أما إذا أبرأ صاحب الحق الأصيل، فإن الكفيل يبرأ من الكفالة بالإضافة لبراءة الأصيل؛ وذلك لأن الكفالة بمضمون على الأصيل، وقد بطل الضمان بالإبراء، فينتهي حكم الكفالة.

الحالة الثالثة: إذا مات المكفول بنفسه يبرأ الكفيل، وكفيل الكفيل، كذلك إذا توفي الكفيل فكما يبرأ من الكفالة، فكذلك يبرأ كفيله[6].

حالات براءة الكفيل من الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها:

يبرأ الكفيل عن كفالته للأعيان بحالتين، وهما:

أولاً: إذا تم تسليم العين المضمونة بنفسها، هذا في حال وجودها، أما إذا فقدت بهلاك ،أو تلف، ففي هذه الحالة يجب على الكفيل تسليم مثلها، إن كان لها مثل، وإلا فقيمتها[7]..

---

(1) مجلة الأحكام العدلية، المادة "43"، ص 12.
(2) المصدر السابق، المادة" 37".
(3) المصدر السابق، المادة "45".
(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 615، الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 450، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 277.
(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 616، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 282، ابن قدامة، المغني، ج4، ص 605.
(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 616، مجلة الأحكام العدلية، المادة "666"، ص 74، الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 451، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 279، النووي، روضة الطالين، ج3، ص 491.
(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 616، النووي، روضة الطالبين، ج3، ص 488.

ثانياً: يخرج الكفيل عن كفالة الأعيان في حالة إبرائه من الكفالة[1]، فعندها يسقط الحق الذي شغلت به ذمته.

حالات براءة الكفيل من الكفالة بالدين:

هناك عدة حالات يبرأ فيها الكفيل من الكفالة بالدين، ولا يطالب بعدها بما كفله، وهي:

أولاً: أداء المال إلى الطالب،أي: إلى المكفول له، ويستوي أن يكون الأداء من الأصيل، أو من الكفيل، فإذا تم الأداء انتهى حكم العقد[2].

ثانياً: إذا وهب الطالب – صاحب الحق – الدين من الأصيل ،أو الكفيل؛ لأن الهبة بمنزلة الأداء، وكذلك في حال تصدق المكفول له بالدين على الأصيل ،أو الكفيل؛ لأن الصدقة تمليك[3].

ثالثاً: إذا أبرأ الطالب الأصيل ،أو الكفيل، خرج الأخير عن الكفالة، ولكن إبراء الكفيل لا يعني إبراء الأصيل، أما في حالة إبراء الأصيل، فإن الكفيل يبرأ؛ لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل[4].

رابعاً : إذا أحال المدين دائنه على آخر حوالة مقبولة بريء بذلك الكفيل لأنها توجب براءة المدين فيبرأ كفيله تبعاً له .

خامساً : إذا توفي الدائن وانحصر ميراثه في المدين بريء الكفيل فإن كان من الورثة بريء بقدر ما يسقط عنه من الدين[5] .

رجوع الكفيل على المكفول عنه:

إذا أدى الكفيل الدين الذي كفله ، وأراد الرجوع على المكفول عنه، فرجوعه يعتمد على عدة شروط ،وهي:

أولاً: إذا كانت الكفالة بأمر من المكفول عنه؛ لأن معنى الاستقراض لا يتحقق بدون ذلك، فإذا كفل الدين للدائن بدون أمر من المكفول عنه فلا رجوع؛ لأنه يعتبر متبرعاً بقضاء دين الغير[6].

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار ، ج7، ص 602، مجلة الأحكام مادة "660" ص 74.

(2)ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 601، الشربيني، مغني المحتاج ، ج2، ص 278.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 613، الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 314.

(4)ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص 362، الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 314

(5)الخفيف ، علي ، أحكام المعاملات الشرعية ، ص 449–450.

(6)الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 616، ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 597، ابن قدامة، المغني، ج4، ص 607.

ثانياً: أن تكون الكفالة صادرة بإذن صحيح[1]*، أي: ممن يجوز إقراره على نفسه بالدين، ففي هذه الحالة إذا ضمن الدين عن الصبي المحجور، وأدى عنه ما ضمنه، فلا رجوع له عليـــه؛ لأن إذن الصبي لا يصح، وبالتالي فإن استقراض الصبي لا يتعلق به الضمان.

ثالثاً: أن يضيف المضمون عنه الضمان إليه، كأن يقول للكفيل: اضمن عني، أما إذا لم تتم الإضافة إلى الأصيل، وأدى الكفيل الدين، فلا يرجع عندها على المضمون عنه ؛ لأن الكفالة لم تقـــع اقراضاً[2]. بل تعد بمثابة التبرع بالدين.

رابعاً: إذا قام الكفيل بأداء المال إلى الطالب، فعندها يجوز له الرجوع ، أما قبل الأداء، فلا يرجـــع الكفيل على الأصيل؛ لأن معنى الإقراض والتمليك لا يتحقق إلا بأداء المال[3].

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 617، النووي، روضة الطالبين، ج3، ص 498، الهيتمي، تحفـــة المحتـــاج بشرح المنهاج، ج2، ص 310، ابن قدامة ، المغني ، ج4 ، ص 609-610.

(*) أما بالنسبة للمالكية فعندهم يرجع الكفيل على المكفول عنه بعد أداء الدين سواء أكانت الكفالة" الضمان " بإذن من المكفول عنه ، أم بغير إذن . ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج2 ، ص 224.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 617.

(3) ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 599، الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 617 ، الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 313، الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 436، الهيتمي، تحفة المحتاج، ج2، ص 311.

الفصل الثالث
الضمان في عقود التبرعات غير اللازمة

المبحث الأول : أحكام الضمان في العارية.

المطلب الأول : حكم ضمان العارية عند الفقهاء

المطلب الثاني : سلطة المستعير على العارية ومدى الضمان في ذلك

المطلب الثالث: مسائل في ضمان العارية

المبحث الثاني : أحكام الضمان في القرض

المطلب الأول : طريق ثبوت الملك في القرض

المطلب الثاني: حكم ضمان القرض في حال تصرف المستقرض بعد القرض

المطلب الثالث:ثبوت بدل القرض في ذمة المستقرض

المطلب الرابع: حكم الضمان في حال إقراض الصبي

المطلب الخامس: حكم الضمان في حال إقراض الوصي لمال الصغير

المبحث الثالث : تغيير قيمة النقود الاصطلاحية

المطلب الأول: ضمان القرض في حالة تغير قيمة النقود الاصطلاحية

المطلب الثاني : حكم الضمان في حال تغير قيمة النقود الورقية

المبحث الرابع: أحكام الضمان في الهبة

المطلب الأول : طريق ثبوت الملك في الهبة

المطلب الثاني: حكم الضمان في حال حكم القاضي بالرجوع بالهبة

المطلب الثالث حكم الضمان في هبة المشاع

المطلب الرابع: حكم الضمان في الهبة في المسائل

المبحث الخامس: حكم الضمان في الوصية

المطلب الأول : حكم الضمان في الوصية في المسائل .

الفرع الأول : اتلاف الورثة الموصى به.

الفرع الثاني: الوصية بالمنافع والضمان فيها .

الفرع الثالث : استحقاق الوصية .

المبحث السادس: ضمان الرهن إذا تبرع به غير المدين " الاستعارة للرهن"

العارية في اللغة : أعَارَهُ الشيءَ ، وأعَارَه مِنهُ ، واستَعارَ منه: طلبَ مِنهُ أن يُعِيرَهُ إيّاه[1].

العارية في اصطلاح الفقهاء :

عرف الحنفية العارية بأنها: تمليك المنفعة بغير عوض[2].

و عند المالكية هي: تمليك منفعة مؤقتة بغير عوض[3].

وعند الشافعية، والحنابلة هي: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه[4].

من خلال النظر في التعريفات السابقة، يمكنني القول: أن العارية تعني: إباحة الانتفاع بالعين بغير عوض على أن ترد ذات العين إلى صاحبها.

شرح التعريف المختار :

أولاً: أن المستعير يقتصر حقه على الانتفاع بالعارية ، فلا يصح له أن يعيرها لغيره ، وكذلك لا يجوز له أن يؤجرها[5] .

ثانياً: أن الانتفاع يكون بغير عوض، و بذلك تخرج الإجارة؛ لأن المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة بعوض.

ثالثاً: أن عين العارية ترد إلى مالكها؛ لأن حق المستعير يتعلق بالانتفاع فقط ، وبذلك تخرج الهبة بعوض ؛ لأن الواهب لا يسترد عين الموهوب إذا قبض العوض الذي شرطه في العقد.

حكم اللزوم في العارية:

العارية عقد من عقود التبرعات، وقد أدرجت العارية ضمن عقود التبرعات غير اللازمة، وقد يسأل سائل، كيف تم الحكم على العارية بأنها غير لازمة؟ للإجابة على هذا السؤال لا بد من

(1) ابن منظور ، لسان العرب ، ج4 ، ص618.
(2) السرخسي، المبسوط، ج11، ص 133، المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج3، ص220.
(3) الصاوي، بلغة السالك، ج 3، ص 361، الخرشي ، حاشية الخرشي، ج6، ص495.
(4) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج2، ص 371، ابن قدامة ، المغني ، ج5 ، ص220.
(5) ابن قدامة ، المغني ، ج5، ص226.

عرض آراء الفقهاء بخصوص هذه المسألة، ومن ثم الوقوف على الرأي الذي أراه راجحاً بقوة الأدلة التي استدل بها الفقهاء لرأيهم.

الرأي الأول: العارية تعد من عقود التبرعات غير اللازمة، سواء أكانت مطلقة، أم مقيدة بوقت، أم عمل، وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3].

الرأي الثاني: التفريق بين الإعارة المطلقة، والإعارة المقيدة بوقت، أو عمل، فإذا كانت العارية مطلقة فهي غير لازمة.

أما إذا كانت العارية مقيدة بوقت، أو عمل، فإنها تلزم في هذه الحالة.

وهذا الرأي في التفريق بين الحالتين السابقتين، هو ما ذهب إليه المالكية[4]، فهم يوافقون الجمهور في حكم العارية المطلقة، ويخالفونهم في العارية المقيدة.

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول.

استدل القائلون بعدم لزوم العارية بعدد من الأدلة من السنة، والمعقول،وهي:

أولاً: السنة:

عن أبي أمامة- رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال: " العارية مؤداة، والمنحة مردودة، "[5].

وجه الدلالة:

الحديث يدل على وجوب رد العارية، وأدائها لصاحبها[6]، وهذا يعني عدم لزوم العارية، أي: أنه يحق لصاحبها أن يرجع فيها.

ثانياً: المعقول:

1- إن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها، فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض، فيصح الرجوع عنه[7].

---

(1) قاضي زادة، شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة شرح فتح القدير)، ج9، ص 7، ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج7، ص478.

(2) الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص 131، النووي ، روضة الطالبين ، ج4، ص82.

(3) ابن النجار، منتهى الإرادات، ج3، ص 145، ابن مفلح ، المبدع ، ج5، ص73.

(4) الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 366، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج7، ص301.

(5) البيهقي، السنن الكبرى، رقم الحديث،" 11669"، ج6، ص 141، الترمذي ، جامع الترمذي،عناية بيت الأفكار الدولية ، 2004، ص351، رقم الحديث"2120" قال عنه الترمذي:حديث حسن صحيح،وحكم عليه الألباني في نفس الباب بأنه : صحيح.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 34.

(7) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 220، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 65

2- إن العارية مبرة من المعير، وارتفاق من المستعير، فلا يليق بها الإلزام[1].

(1) الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص 131، الهيتمي، تحفة المحتاج، ج2، ص 378.

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون بلزوم العارية إذا كانت مقيدة بوقت، أو عمل بعدد من الأدلة، وهي:

أولاً: أن العارية المقيدة بوقت، أو عمل لازمة؛ من أجل انتفاع المستعير بها بالحدود المشروطة للانتفاع، والمدة الزمنية المحددة لذلك(1).

وهذا يعني أن رجوع المعير قبل انتهاء المدة الزمنية المحددة، وقبل الانتفاع يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمستعير.

ثانياً: بالنسبة لأدلة عدم اللزوم في العارية المطلقة، فهي لا تخرج عن أدلة القائلين بعدم اللزوم بشكل مطلق، فلا حاجة للتكرار إذن.

الرأي المختار:

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة حكم العارية من حيث اللزوم، وعدمه، وسوق الأدلة التي استدل بها كل فريق، فإنني أميل إلى ما ذهب إليه القائلون بعدم اللزوم؛ وذلك لقوة الأدلة التي استدلوا بها، ووجاهتها، ومن جانب آخر، فإن عين العارية تبقى على ملكية صاحبها، فالمستعير ليس له إلا الانتفاع بالعارية، ولكن ومع أن المعير له الرجوع في عاريته، إلا أن ذلك مشروط بعدم الإضرار بالمستعير.بعد بحث أراء الفقهاء في مسألة لزوم العارية ، لابد من بحث بعض المسائل المتعلقة بالعارية وبيان حكم الضمان فيها ، والتي سيتم عرضها من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول: نوع ضمان العارية عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في المسألة على أربعة آراء ، وهي :

الرأي الأول: تعتبر يد المستعير يد أمانة، وهذا يعني أنه لا يضمن إلا إذا حصل منه ما يوجب الضمان من التعدي، أو التقصير، أو غيره، وهذا ما ذهب إليه الحنفية(2)، والشافعية في رواية(3)، والظاهرية(4). وبه قال: الحسن البصري، والنخعي ، والأوزاعي،وشريح*.

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 235.
(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 34، المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3، ص 220.
(3) النووي، روضة الطالبين، ج 4، ص 77.
(4) ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 77. *نقلا عن الدوري،دقحطان، صفوة الأحكام ، ص193.

الرأي الثاني: التفريق بين ما يغاب عليه[*] من العواري، وبين ما لا يغاب عليه[*]، فقالوا: بضمان العارية إذا كانت مما يغاب عليه، وبعدم ضمانها إذا كانت مما لا يغاب عليه، وهذا ما ذهب إليه المالكية[1].

الرأي الثالث: يضمن المستعير العارية إذا تلفت تحت يده، سواء أكان التلف، أو الهلاك بفعله، أم بآفة سماوية، وهذا ما ذهب إليه الشافعية[2] في المشهور عندهم، والحنابلة[3].وبه قال:ابن عباس، وزيد بن علي، وإسحاق، وعطاء*.

الرأي الرابع : لا يجب ضمان العارية إلا إذا شرط الضمان[4] .

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بعدم ضمان المستعير بعدد من الأدلة من القرآن، والسنة، والمعقول ،وهي:

أولاً: القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ﴿ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾[5].

وجه الدلالة:

الآية تدل على أن قبض مال الغير بإذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان[6].والعارية وصلت ليد المستعير بإذن من مالكها ، فلا يضمنها إلا إذا حصل منه تعد ، أو تفريط في الحفظ .

ثانياً: السنة:

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال رسول ﷺ: "ليس على المستعير غير المغل ضمان"[7].

(*) ما يغاب عليه: هو ما يمكن إخفاؤه، كالثياب، والحلي، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 5، ص 146.

(*) ما لا يغاب عليه: هو ما لا يمكن إخفاؤه ،كالحيوان، والعقار، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 5، ص 146.

(1) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 501، عليش، منح الجليل على مختصر خليل، ج7، ص 37-38.

(2) الشيرازي، المهذب، ج2، ص 189، النووي، روضة الطالبين، ج4، ص 76-77.

(3) ابن النجار، منتهى الإرادات، ج3، ص 153-154،ابن قدامة، المغني، ج5، ص220.*نقلا عن الدوري ،صفوة الأحكام ، ص192 .

(4) ابن قدامة ، المغني ، ج5 ، ص222، الدوري ، د. قحطان عبد الرحمن ، صفوة الأحكام من نيل الأوطار وسبل السلام ، عمان – دار الفرقان ، ط1 ، 1419-1999، ص193..

(5) سورة التوبة، الآية:" 91".

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 323 .

(7) الدار قطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، تحقيق:عبد الله هاشم ، رقم الحديث : " 168 :كتاب البيوع، بيروت– لبنان، القاهرة ، دار المحاسن ، ط1، 1386 –1966، ج3، ص 41 .

وجه الدلالة: يدل الحديث على نفي الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة، والمعنى أنه قبض العين بإذن صحيح، فلا يكون مضموناً عليه، كالمستأجر(1).

(1) السرخسي، المبسوط، ج11، ص 135.

ثالثاً: المعقول:

1- إنه قبض العارية بإذن صاحبها، لا على وجه الاستيفاء، ولا على وجه المبادلة، فلا يضمن كالإجارة، والوديعة، وبما أنه قبضها بإذن صاحبها، فلا يوصف فعله بالتعدي؛ لأن ضمان العدوان لا يجب إلا على المتعدي[1].

2- إن وجوب الضمان إما أن يكون بعقد، أو بشبهته بأن كان فاسداً، أو بالتعدي، أما بالنسبة للعقد الموجب للضمان فلم يوجد، ولا شبهته؛ لأنه عقد تبرع، والتعدي لا يتصور مع الإذن، كما مر في الدليل السابق، فإذا أذن لشخص بالإتلاف، فأتلفه لا يضمن، فهنا من باب أولى[2].

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون بالتفريق بين ما يغاب عليه، وما لا يغاب عليه من العواري بعدد من الأدلة من السنة، والمعقول، وهي:

أولاً: السنة:

1- عن صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه دروعاً يوم حنين، فقال صفوان: أغصب يا محمد، فقال ﷺ :"بل عارية مضمونة مؤداة"[3]. وفي رواية: "بل عارية مؤداة".

وجه الدلالة:

يدل الحديث على ضمان ما يغاب عليه؛ وبناءً عليه يحكم على المستعير بالضمان[4]. فالدروع تعد من ضمن الأشياء التي يمكن إخفاؤها، أي: مما يغاب عليه، ولذلك يحكم فيها بالضمان عند ضياعها.

2- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: " ليس على المستعير ضمان"[5].

وجه الدلالة:

الحديث يدل على نفي الضمان عن المستعير، وهو يحمل على ما لا يغاب عليه[6]. وبالتالي لا ضمان على المستعير في هذه الحالة، إلا إذا حصل منه ما يوجب الضمان.

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 36، الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 323، المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3، ص 221.
(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 36.
(3) سبق تخريج، ص 44.
(4) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 235.
(5) سبق تخريجه، ص 43.
(6) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 235.

وعند النظر في الحديثين نجد أن بينهما تعارضاً، ولكن يمكن الجمع بينهما، بأن يحمل حديث صفوان بن أمية على ما يغاب عليه، لأنه يتعلق بالدروع وهي مما يمكن إخفاؤها، بينما حديث عمرو بن شعيب يحمل على ما لا يغاب عليه[1].

ثانياً: المعقول:

إن ضمان العواري ضمان تهمة ينتفي بإقامة البينه على المشهور، وهذا الدليل يتعلق بضمان العارية إذا كانت مما يغاب عليه، فإذا أقام المستعير البينة أن التلف حصل بلا سبب منه، فعندها لا يضمن[2].

أدلة أصحاب الرأي الثالث:

أحتج القائلون بتضمين المستعير بعدد من الأدلة من السنة، والمعقول، وهي:

أولاً: السنة:

1- احتجوا بحديث صفوان بن أمية، عندما استعار منه النبي ﷺ دروعاً يوم حنين، فقال: " أغصب يا محمد" فقال ﷺ : " بل عارية مضمونة"[3].

وجه الدلالة:

الحديث يدل على ضمان العارية إذا تلفت تحت يد المستعير[4].

2- عن سمرة بن جندب- رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه"[5].

وجه الدلالة:

فالحديث جعل على اليد ما أخذت ، وهذا يعد تضميناً، فما دام الشيء باقياً وجب رده، فإذا تلف وجب ضمانه بمثله إن كان له مثل، فإن لم يكن له مثل، فإنه يضمن بالقيمة[6].

ثانياً: المعقول:

ودليلهم من المعقول أن المستعير أخذ ملك غيره لنفع نفسه، منفرداً بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف، فكان ضامناً كالغاصب[7].

---

(1) المصدر السابق، ج2، ص 235.
(2) الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 364.
(3) سبق تخريجه، ص44.
(4)الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 115 ، ابن قدامة، المغني، ج5، ص 211.
(5) سبق تخريجه، ص 13.
(6)الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 136،ابن قدامة ، المغني ، ج5 ،ص236 .
(7)الشيرازي، المهذب، ج2، ص189 ، ابن قدامة، المغني، ج5، ص 221.

ثالثاً: القياس:

قياس العارية على المقبوض على وجه السوم، وهو مضمون، فكذلك العارية تعتبر مضمونة[1].

دليل أصحاب الرأي الرابع : استدل أصحاب هذا الرأي بحديث صفوان المتقدم[2] .

وجه الدلالة : يدل على أنه إذا تم شرط ضمان العارية على المستعير ، فإنه يتوجب عليه ضمانها في حال تلفها .

مناقشة الأدلة:

أولاً: مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول.

ناقش القائلون بضمان العارية أدلة القائلين بعدم الضمان بما يأتي:

1- بالنسبة لاستدلالهم بالآية الكريمة، وأنه لا ضمان مع الإذن، هذا صحيح، ولكن الإذن في تحصيل منافع العارية، ولا إذن في الإتلاف، فإذا تلفت العارية كانت مضمونة كالمغصوب[3].

2- بالنسبة لاستدلالهم بحديث: " ليس على المستعير غير المغل ضمان" .هذا الحديث ضعيف، وذلك أنه ورد من رواية عمر بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان، عن عمرو بن شعيب، وعمرو، وعبيد ضعيفان، وهذا ما أورده الدار قطني[4].

ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع، والأجزاء[5].

3- أما بالنسبة لدليلهم بأن المستعير قبض العارية بإذن صاحبها، فهذا صحيح، ولكن المستعير قد يتهاون في المحافظة على العارية، أو يستعملها في غير ما أعدت له، أو يحملها فوق طاقتها، فهل يقال في هذه الحالة أنه لا يضمن بحجة أنه قبض العارية بالإذن؟ فالإنصاف، والعدل يقتضيان الحكم على المستعير بالضمان إذا صدر منه التصرف المذكور.

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني:

نوقشت أدلة من قال بالتفريق بين ما يغاب عليه، وبين ما لا يغاب عليه بما يأتي:

---

(1)الأنصاري، أسنى المطالب، ج5، ص 196 ، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 70.
(2)سبق تخريجه ص 44.
(3) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 221.
(4) الدار قطني، سنن الدار قطني، ج3، ص 41، الزيلعي، نصب الراية، ج4، ص 285.
(5) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 221.

1- بالنسبة لاستدلالهم بحديث: " ليس على المستعير ضمان"

فهذا الحديث ضعيف[1]. ولا يقوي على معارضة الحديث الآخر الذي احتجوا به في التفريق بين الحالتين السابقتين، وهو الحديث الذي رواه صفوان بن أمية في قضية استعارة النبي ﷺ منه دروعاً يوم حنين، فالحديث الذي رواه صفوان، حديث صحيح؛ وبناءً على ما سبق، فإن الحديث الذي حكم عليه بالضعف لا يقوى على معارضة حديث صفوان بن أمية لصحة الأخير.

2- أن التفريق بين الحالتين السابقتين في العارية لم يشر إليهما أحد من أصحاب المذاهب الأخرى بحسب معرفتي، وبحثي في هذا الموضوع، ولم أجد دليلاً يؤيد هذا التفريق.

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثالث:

ناقش القائلون بعدم ضمان العارية أدلة القائلين بالضمان بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لحديث صفوان بن أمية: "بل عارية مضمونة".

هذا الحديث لابن حزم فيه كلام، حيث بين أنه ورد من عدة طرق، وكل طريق منها فيه ضعف، فذكر من رواته شريك بن عبد الله القاضي، وقال عنه ابن حزم: إن شريكاً مدلس للمنكرات إلى الثقات، وقد روى البلايا، والكذب الذي لا شك فيه عن الثقات"[2].

وذكر الكاساني من الحنفية عند مناقشته لهذا الحديث، أن الرواية قد اختلفت، فقد روي أنه هرب من رسول الله ﷺ فأمنه، وكان رسول الله ﷺ يريد حنيناً، فقال: " هل عندك شيء من السلاح" فقال:" عارية ،أو غصب" فقال ﷺ : "عارية" فأعاره، ولم يذكر فيه الضمان، والحادثة حادثة واحدة مرة واحدة، فلا يكون الثابت إلا إحداهما، فتعارضت الروايتان، فسقط الاحتجاج [3].

ومن وجه آخر: ذكر الحنفية أنه يحتمل أن يكون المراد بالضمان المذكور في الحديث، إنما هو ضمان رد العين فيحمل عليه، ولا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال[4].

ثانياً: بالنسبة لاستدلالهم بحديث: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه".

1- لقد تكلم ابن حزم في هذا الحديث، فقد ورد عنه: "أن هذا الحديث لو صح فليس فيه إلا الأداء، والأداء غير الضمان في اللغة، والحكم، ويلزمهم إذا حملوا هذا اللفظ على الضمان أن يضمنوا بذلك المرهون، والودائع؛ لأنها مما قبضت اليد". [5].

(1)الدارقطني، سنن الدارقطني، ج3، ص41 ، الزيلعي، نصب الراية، ج4، ص 285.
(2) ابن حزم، المحلى، ج10، ص 78.
(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 324.
(4) المصدر السابق، ج5، ص 324، السرخسي، المبسوط، ج11، ص 136.
(5) ابن حزم، المحلى، ج10، ص 79.

2- ومن وجه آخر: أن الحديث يقتضي وجوب رد العين، ولا كلام فيه، إنما الكلام في وجوب ضمان القيمة بعد هلاك العين(1).

ولكن يمكن الرد على قول ابن حزم: والذي يقضي بعدم صحة الحديث، بأنه تم الحكم بصحته عند كل من الحاكم، والترمذي، فالحاكم ورد عنده: بأن هذا الحديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ، وقال عنه الترمذي : حديث حسن صحيح(2).

ثالثاً: بالنسبة لدليلهم، بأن المستعير قبض مال الغير لنفع نفسه، فالجواب عليه أن قبض مال الغير لنفسه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان، فمع الإذن أولى، ويقصد بقبض مال الغير بغير إذنه إثبات اليد على مال الغير، وحفظه، وصيانته عن الهلاك، وهذا يعد إحساناً في حق المالك(3).

رابعاً: بالنسبة لاستدلالهم بالقياس على المقبوض على سوم الشراء.

فالجواب عنه: أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد؛ لأن الأخذ بالعقد له حكم العقد؛ ولأن المالك ما رضي بقبضه إلا بجهة العقد، والإذن يقرر ضمان العقد(4).

الرأي المختار في ضمان العارية:

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة حكم الضمان في العارية، وإيراد الأدلة التي استدل بها كل فريق، ومناقشتها، فإنني أميل إلى ترجيح القول بضمان العارية، وهو ما ذهب إليه الشافعية في المشهور عندهم، والحنابلة؛ وذلك لقوة الأدلة التي استدلوا بها، ووجاهتها، ومن جانب آخر، فإن المصلحة تقتضي الحكم بتضمين المستعير للعارية إذا هلكت، أو تلفت، ووجه المصلحة في هذا الحكم يكمن في استمرار التبرع بالعواري، وخصوصاً أن هناك عدداً كبيراً من الناس يحتاج إليها في قضاء حوائجه الدنيوية، فلو حكم بعدم الضمان على المستعير في حال هلاك العارية، فإن ذلك سيؤدي إلى إغلاق باب التبرع بالعارية، وأي عاقل يدرك جيداً مقدار الضيق، والحرج الذي سيلحق بعدد من الأفراد الذين يحتاجون في حياتهم للعارية؛ من أجل قضاء حوائجهم، خصوصاً إذا لم يكن ذا قدرة مالية كافية لامتلاك الشيء المعار بطريق الشراء.

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج11، ص 137.
(2) الحاكم ، المستدرك، كتاب البيوع، رقم" 2349 "، ج2، ص 179، الترمذي ، جامع الترمذي رقم " 2120"، ص351، والحديث ورد كذلك من رواية عمرو بن خارجة ، وأنس.
(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 323.
(4) السرخسي، المبسوط، ج11، ص 136.

ومن الأمثلة المؤكدة لما سبق: أن بعض الناس لا يمتلك قطعة من الأرض، وعنده استعداد للزراعة، ولا يستطيع أن يشتري أرضاً زراعية، وقد لا يستطيع أن يستأجرها لمدة محددة، فتبقى الإعارة هي الطريق الوحيد لحصوله على الأرض ، وبالتالي إذا عرف المعير أن المستعير لا يحكم عليه بالضمان إذا لحقه ضرر بأي تصرف يصدر من المستعير، فسوف يمتنع في هذه الحالة عن التبرع بالأرض بطريق الإعارة، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر، والحرج بمن يحتاج للعارية، والضرر مرفوع بحكم الشرع.

وكذلك إذا كان شخص بحاجة لسيارة لقضاء حوائجه لفترة زمنية، ولم يكن ذا قدرة مالية تمكنه من شرائها، فإن قام شخص بإعارته سيارة، فإن المستعير يحكم عليه بالضمان، إذا تضررت السيارة، أو تعطلت بسبب الاستعمال ؛ لأنه مسموح له بالانتفاع فقط، ومن ثم ردها إلى صاحبها، فإذا لم يضمن المستعير، فإن ذلك سيؤدي إلى إغلاق باب من أبواب المعروف بين الناس، مما يؤدي إلى وقوع الناس في ضائقة الحرج.

المطلب الثاني: سلطة المستعير على العارية ومدى الضمان في ذلك:

الفرع الأول: حدود انتفاع المستعير بالعارية:

ذكر الفقهاء بأن العارية تعتريها عدة حالات، وذلك فيما يتعلق بالتقييد، والإطلاق، فإما أن تكون مطلقة في الوقت، والانتفاع، وإما أن تكون مقيدة من حيث الوقت، وحدود الانتفاع، ولكل حالة من هذه الحالات حكمها فيما يتعلق بانتفاع المستعير بالعارية.

وبالنسبة للحالات السابقة من حيث الإطلاق، والتقييد للعارية، فإنها مذكورة عند جميع الفقهاء[1]. وإن اختلفوا في حالات، وحدود تضمين المستعير عند تجاوزه الحدود المرسومة له في الانتفاع بالعارية.

هذا وقد كان الحنفية أكثر الفقهاء تفصيلاً لحالات الإطلاق، والتقييد في العارية؛ لهذا ارتأيت أن أذكر تلك الحالات، كما وردت في مصنفاتهم، وهي على أربعة أوجه:

أولاً: أن تكون العارية مطلقة في الوقت، والانتفاع، فالمستعير في هذه الحالة له أن ينتفع بالعارية بجميع أشكال الانتفاع؛ وذلك عملاً بالإطلاق، ولكن هذا الإطلاق لا يعني أن يتصرف المستعير بشكل يؤدي إلى إلحاق الضرر بالعارية، فمن أعار دابة لغيره، وأطلق له الانتفاع

(1) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 222، الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 506، الشربيني، المغني المحتاج، ج2، ص 363، ابن قدامة ، المغني ، ج5، ص229.

فله ذلك، إلا أنه لا يجوز أن يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق هذا الحمل، فلو فعل ذلك، فعطبت فإنه يضمن؛ لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف، والعادة دلالة كما يتقيد نصاً(1).

ثانياً: أن تكون العارية مقيدة في الوقت، والانتفاع، وفي هذه الحالة ينبغي على المستعير أن يتقيد بحدود الانتفاع التي رسمها له المعير، إلا إذا خالف إلى ما هو خير منه، فهنا يجوز له الانتفاع؛ لأنه لا ضرر يعود على العارية في هذه الحالة، وذلك كما إذا زرع الأرض بنوع ضرره أقل من ضرر المسموح به.

ثالثا: أن تكون مقيدة في حق الوقت، مطلقة في حق الانتفاع، فهنا على المستعير أن يتقيد بحدود الفترة الزمنية، ولا يتجاوزها، بحيث يجب عليه أن يرد العارية إذا انتهت الفترة الزمنية المحددة، أما بالنسبة للانتفاع، فقد ثبت له بشكل مطلق أثناء الفترة التي قيد بها.

رابعاً: أن تكون مقيدة في الانتفاع، مطلقة في الوقت، فليس للمستعير أن يتعدى حدود الانتفاع التي قيده بها المعير، وليس له مخالفة المعير إلا بأدنى من الحالة المسموح بها، أو بأنفع منها(2).

وذلك كمن أعار سيارته لآخر، وشرط عليه أن يحمل فيها مقداراً معيناً، فإذا حمل أكثر من المقدار المقيد به، فتضررت السيارة، فإن المستعير يضمن في هذه الحالة بسبب تعديه للحدود المقيد بها، بخلاف ما إذا حمل فيها أقل من المقدار المقيد به، فلا يضمن لعدم التعدي

وبناءً على ما سبق، فإن المستعير عند انتفاعه بالعارية ينبغي عليه أن يراعي الحدود المرسومة له في الانتفاع، والفترة الزمنية المحددة للانتفاع، وذلك عملاً بالإطلاق، والتقييد، فإذا أعار أرضاً لآخر، وأطلق له الانتفاع، فإن المستعير يجوز له أن يزرع، أو يغرس، أو يبني فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع؛ لأن الإذن في الانتفاع جاء مطلقاً، هذا في حال إطلاق الانتفاع في العين المعارة*(3).

أما إذا قيد المعير المستعير في الانتفاع بحدود معينة، وصورة محددة، ففي هذه الحالة لا يجوز للمستعير عند انتفاعه أن يتجاوز الحدود المقيد بها؛ وذلك عملاً بالتقييد، إلا إذا كان استعماله

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 320.

(2) المرغيناني، الهداية، ج3، ص222،الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 38 ، البغدادي، مجمع الضمانات، القاهرة دار السلام ، ط1، 1420- 1999، ج1، ص164-165.

(3) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 222.

*ومع أن المستعير يحق له الانتفاع بالعارية في حالة الإطلاق، فينتفع بها كيفما شاء بشرط عدم إلحاق الضرر بالعارية، حيث إنني ذكرت سابقاً أن الإطلاق في الانتفاع يتقيد بالعرف.

للشيء المستعار أقل ضرراً من الحالة المقيد بها؛ وبناءً على ذلك، إذا أعاره أرضاً للغرس، أو البناء، فإن المستعير في هذه الحالة يجوز له أن يزرع فيها ما شاء؛ لأن ضرر الزرع دون ضرر البناء، أو الغرس.

وفي حال كون الضرر المترتب على استعمال العارية أكثر من ضرر حالة الانتفاع المقيد بها، فإن المستعير يمنع من استعمال العارية في هذه الحالة، وذلك كأن يستعير أرضاً للزرع، فلا يجوز له أن يغرس، أو يبني؛ لأن ضررهما أكثر من ضرر الزرع[1].

ضمان المستعير في حال تجاوز حدود الانتفاع المقيد بها:

والحكم بالضمان على المستعير في هذه الصورة هو ما عليه الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5].

وتضمين المستعير لا يقتصر على مخالفة حدود الانتفاع المقيد بها، بل يشمل أيضاً ما إذا كانت العارية مقيدة بوقت معين، واستمر المستعير بالانتفاع بعد انتهاء المدة المقيد بها، فإنه يضمن أيضاً في هذه الحالة، وهذا ما سيظهر من خلال نصوص الفقهاء الآتية:

وردت العبارة عند الحنفية: " فإن قيدها بوقت، أو منفعة، أو مكان ضمن بالمخالفة لا إلى خير"[6]. ووردت العبارة عند الحنفية في هذا الشأن: " وإن سمى ما يحمله على الدابة كقفير حنطة فله أن يحمل ما هو مثله، أو أخف منه كالشعير، وليس له أن يحمل ما هو أثقل منه، كالملح، وإن زاد على المسمى، فعطبت ضمن بقدر الزيادة"[7].

ومن عبارات الحنفية في حالة انتفاع المستعير بالعارية بعد المدة المقيد بها: " وإذا لم يرد العارية بعد مضي الوقت ضمن إذا هلكت، سواء استعملها بعد انتهاء الوقت، أو لا"[8].

---

(1)الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 363، ابن قدامة، المغني، ج5، ص 225- 226..
(2) السرخسي، المبسوط، ج11، ص 137.
(3) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج3، ص 365، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج7 ، ص300.
(4) النووي، روضة الطالبين، ج4، ص 78، النووي ، منهاج الطالبين ، ج2، ص199.
(5) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 222، ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ، ج5، ص78.
(6) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص 57.
(7) المصدر السابق، ج2، ص 52-53.
(8) البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، ص 165.

والمستعير يضمن العارية في الصورة المذكورة؛ لأنه يعد متعدياً بإبقائها تحت يده بعد انتهاء المدة المقررة للانتفاع من قبل صاحب العارية، وهذا التعدي يؤدي بدوره إلى إلحاق الضرر بالمعير؛ لهذا فإنه يحكم على المستعير بالضمان.

وبالنسبة للمالكية فقد وردت عدة نصوص عند فقهائهم تؤكد تضمين المستعير في حال المخالفة لما قيد به، وتبين أحكام الضمان في كل حالة على حدة، ومن ذلك:

ما جاء في بلغة السالك ، ونصه: " فإن زاد ما تعطب به، وأعطبت فله قيمتها، أو كراؤه فقط"[1].

هذه العبارة تدل على أن من استعار دابة؛ ليحمل عليها شيئاً، فزاد عليها غير ذلك قدراً تعطب بمثله، فعطبت، أي: هلكت، فهنا يخير صاحب الدابة بين أن يضمن المستعير قيمتها يوم التعدي، ولا شيء له غير ذلك، وبين أن يأخذ كراء الزائد المتعدي فيه فقط؛ لأن تخييره ينفي عنه الضرر، ومعرفة ذلك أن يقال: كم يساوي كراؤها فيما استعارها له؟ فإن قيل: عشرة، وكم يساوي كراؤها فيما حمل عليها؟ فإن قيل: خمسة عشر، فإنه يدفع له الخمسة الزائدة على كراء ما استعارها له[2].

ومن عبارات المالكية في ضمان العارية: " وإذا زاد عليها، أي: الدابة، ما لا تعطب به، وعطبت، أو تعيبت، أو سلمت، أو زاد عليها ما تعطب به وسلمت فكراء[3]، أي: يجب كراء الزائد على المستعير؛ لأن عطبها من أمر الله تعالى، وليس من أجل الزيادة"[4].

أما إذا تعيّبت بما زاد عليها، فإنه يجب على المستعير أن يدفع أكثر من الكراء؛ وذلك للحمل الزائد، ويجب عليه قيمة العيب، أي: أرشه[5].

ما سبق بيانه يتعلق بتضمين المستعير في حالة الزيادة فيما يحمل على الدابة، أما بالنسبة للزيادة في المسافة، فحكم الضمان يكون على النحو الآتي:

إذا زاد المسافة المقيد بها، فعطبت الدابة، ضمن قيمتها، وإن سلمت، وجب عليه كراء الزائد، أما إذا تعيّبت، فالواجب على المستعير الأكثر من كراء الزائد، وأرش العيب[6].

---

(1) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج3، ص 365.
(2) المصدر السابق، ج3، ص 365، الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 504.
(3) الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 365؛ الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 504.
(4) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 504.
(5) الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 365.
(6) المصدر السابق، ج3، ص 365، الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 576.

وبناء على العبارات السابقة عند المالكية، فإن المستعير إذا تعدى الحدود المسموح له في الانتفاع بها، فإنه يضمن، وذلك كمن استعار سيارة من غيره، وشرط عليه صاحبها أن يحمل فيها خضاراً، فحمل فيها حديداً، أو زاد على المقدار المقيد به، فأصيب السيارة بالخراب، ففي هذه الحالة، يخير صاحبها بين تضمين المستعير قيمتها، وبين طلب الزائد عن الكراء.

وإذا قطع أكثر من المسافة المقيد بها، فعطبت السيارة ،أو خربت، فإن المستعير يضمن قيمتها للمعير، أما إذا لم تصب بالخراب، فإنه يضمن للمعير كراء الزائد عن المسافة المسموح بها، وإذا تعيبت، فإنه يضمن الكراء عن الزائد، بالإضافة إلى ما يقابل النقص الحاصل فيها.

وقد ورد عند المالكية، بأن المستعير إذا استمر في الانتفاع بالأرض المعارة بعد انتهاء المدة المقيد بها، فإنه يعد كالغاصب؛ ولذلك جاءت العبارة في حاشية الخرشي: " إذا انقضت مدة البناء، أو الغرس، فكالغاصب، فإن شاء ربها أمره بقلع بنائه، أو شجره، وتسوية الأرض، أو أمره بإبقاء ما فعل، ويدفع له قيمة ذلك منقوضاً بعد أن يحاسبه بأجرة من يسوي الأرض، ويسقط من القيمة، إلا أن يكون الغاصب من شأنه تولي هدم، أو قلع ذلك بنفسه، أو بعبيده، أو نحو ذلك، فإنه يأخذ قيمة ما ذكر كاملة"(1).

فهذه العبارة تدل على أن المستعير لا يجوز له الاستمرار بالانتفاع بالأرض المعارة بعد انتهاء المدة الزمنية المقررة للانتفاع، وإذا استمر، فإنه يعد كالغاصب، فإما أن يفرغ الأرض من البناء، أو الغراس، ومن ثم يسلمها لصاحبها، أو يبقيه في الأرض، ويأخذ قيمته منقوضاً، أو مقلوعاً، على أن يحسب منه أجرة من يقوم بالقلع، أو الهدم إذا لم يتول الغاصب ذلك بنفسه.

ومن عبارات الشافعية، بما يخص استعارة الدابة للركوب، ما جاء في روضة الطالبين: "فلو قرح ظهرها بالحمل، وتلفت منه، يضمن سواء تعدى بالحمل، أم لا؛ لأنه إنما أذن له في الحمل، لا في الجراحة، وردها إلى المالك لا يخرجه عن الضمان؛ لأن السراية تولدت من مضمون"(2).

وكما هو واضح من النص، أن المستعير يضمن قيمة الدابة إذا تلفت بسبب التعدي، ووردت العبارة عند الشافعية، في ضمان المستعير، إذا كانت العارية دابة فجاوز فيها المكان المأذون فيه،

(1) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 507.
(2) النووي، روضة الطالبين، ج4، ص 78.

ولذلك جاءت العبارة في مغني المحتاج: "وله الانتفاع بالمعار بحسب الإذن، فإذا استعار دابة للركوب إلى موضع، فجاوزه ضمن أجرة مجاوزته عنه ورجوعه إليه"(1).

وورد النص عند الشافعية فيما يخص ضمان المستعير، إذا كانت العارية أرضاً، وخالف في نوع الزرع المقيد به من قبل المعير، ومن ذلك ما جاء في مغني المحتاج:" إذا أعاره أرضاً للشعير، لم يزرع فوقه كحنطة؛ لأن ضررها أعظم من ضرر الشعير، فإن خالف وزرع ما ليس له زرعه جاز للمعير قلعه مجاناً، فإن مضت مدة لمثلها أجرة، فتلزمه أجرة المثل"(2).

يدل النصان الأخيران على ضمان المستعير أجرة المثل في حال تجاوز الحدود المأذون بها في الانتفاع، هذا في حال التجاوز فقط دون هلاك العارية، فإذا هلكت فإنه يضمن قيمتها.

ومن عبارات الحنابلة: " فإن استعارها إلى موضع ،فجاوزه فقد تعدى، وعليه الأجرة للزيادة خاصة"(3).

ومن عبارات الحنابلة في هذه المسألة، ما ورد في المغني، ونصه: " إذا تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل أن يعيره ثوباً ليلبسه فحمل فيه تراباً، فإنه يضمن نقصه ومنافعه؛ لأنه تلف بتعديه"(4).

ويضمن المستعير، إذا انتهت المدة الزمنية التي قيد بالانتفاع من خلالها، ومن العبارات الفقهية التي وردت عن الفقهاء، والتي تؤكد هذا الحكم، من ذلك ما ورد عند الحنفية: " وإن أمسكها بعد الوقت ضمن"(5).

وورد عند الشافعية ما يتفق مع العبارة السابقة، ومن ذلك" إذا أخر العارية بعد طلبها ضمن مع الأجرة"(6).

تبين من خلال ما سبق أن المستعير يضمن العارية في حال مخالفته للحدود المرسومة له بالانتفاع، وكذلك يضمن إذا أخر العارية، ولم يسلمها بعد انتهاء المدة الزمنية المسموح بها من قبل المعير.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 362.
(2) المصدر السابق، ج2، ص 362.
(3) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 232.
(4) المصدر السابق، ج5، ص 223.
(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 44.
(6) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج2، ص 375.

ومن جانب آخر إذا كانت العارية مطلقة في الانتفاع، فإن المستعير ينتفع بها بجميع صـــور الانتفاع، ولكن هذا الانتفاع مقيد بالعرف والعادة[1]، فلا يستعملها بشكل يؤدي إلى هلاكها، أو إلحاق الضرر بها، فإذا فعل ذلك ،فإنه يضمن.

الأدلة التي استدل بها الفقهاء لرأيهم:

احتجوا لرأيهم القاضي بتضمين المستعير في حال مخالفة حدود الانتفاع المقيد بها بعدد من الأدلة من السنة، والمعقول، وهي:

أولاً: السنة:

عن يحيى بن عروة عن أبيه قال: قال ﷺ: " ليس لعرق ظالم حق"[2].

وجه الدلالة:

فالمستعير إذاً غرس، أو بنى، أو زرع بعد الوقت، أو الرجوع، فإنه يلزمه قلع غرسه، وهدم بنائه، وحكمه في ذلك حكم الغاصب[3]، ومن المعلوم أن يد الغاصب يد ضمان[4].

ثانياً: المعقول:

1- إن المستعير استباح الانتفاع بالإذن، ففيما عدا الإذن يبقى على أصل التحريم[5]. وبذلك يثبت حكم الضمان على المستعير في حال تجاوزه الحدود المرسومة له في الانتفاع .

2- إن فعله على هذا الوجه يعد عدواناً، وتعدياً يوجب الضمان[6].

3- ويمكنني القول: بأن المستعير عليه أن يتحرى جميع الوسائل، والطرق المناســبة عنــد انتفاعه بعين العارية، أياً كان نوعها؛ وذلك للإبقاء على عينها بعد تحصيل المنافع المتوخـــاة منهـــا، وما ذلك إلا من باب مقابلة المعروف بالمعروف، فليس من المعقول أن يقدم لي إنـــسان معروفـــاً، وأقابله بعكس ذلك، بأن أتلف عين ما قام بتقديمه، ولاسيما أن هذا الأسلوب في الاستعمال ســيؤدي إلى قطع حبال المعروف، ويقضي على أواصر التعاون بين الناس.

الفرع الثاني :ما يترتب على المستعير في حال رجوع المعير:

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 364.
(2) البيقهي، السنن الكبرى، كتاب الغصب، باب ليس لعرق ظالم حق، رقم " 11734"، ج6، ص 158.
(3) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 229.
(4) المصدر السابق، ج5، ص 229.
(5) المصدر السابق، ج5، ص 229.
(6) الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 365.

قد سبق بيان حكم لزوم العارية عند الفقهاء فالحنفية، والشافعية، والحنابلة ذهبوا إلى القول: بأن العارية غير لازمة ،سواء أكانت مطلقة، أم مقيدة، وبالنسبة للمالكية، فإنهم وافقوا الجمهور في العارية المطلقة، فقالوا: بعدم لزومها، بينما العارية المقيدة لازمة عندهم.

ونبين في هذه المسألة حكم رجوع المعير عن العارية، وجملة من الأسئلة تثار في هذا الموطن، منها هل يجوز للمعير أن يرجع عن العارية؟ وإذا جاز ذلك فهل يجوز له الرجوع في نوعي العارية، المطلقة، والمقيدة، أم بنوع منهما؟ وسؤال آخر يثار في هذا الصدد، أن المعير إذا رجع عن العارية، فهل يضمن الضرر الذي لحق بالمستعير؟

وبناءً على الحكم بعدم لزوم العارية عند الحنفية(1)، والشافعية(2)، والحنابلة(3)، فإنه يجوز عندهم رجوع المعير عن العارية، سواء أكانت مطلقة، أم مقيدة، ما لم يأذن المعير في شغله بشيء يتضرر المستعير به حال رجوع المعير، وبالنسبة لأدلتهم، فهي الأدلة التي عرضتها سابقاً أثناء بحث حكم لزوم العارية.

أما بالنسبة للمالكية، فإذا كانت العارية مؤقتة بوقت، فليس للمعير الرجوع قبل انتهاء الوقت، بناءً على أصلهم في لزوم العارية في هذه الحالة، أما إذا كانت العارية مطلقة عن الوقت، فيتركه المعير مدة ينتفع بها في مثلها(4).

وإذا رجع المعير عن العارية، وكانت تحت يد المستعير، وشغلها ببناء، أو غراس، فهل يجوز للمعير الرجوع؟ وإذا جاز له ذلك، فهل يضمن للمستعير بسبب الرجوع؟ هذا ما سأبينه– بمشيئة الله تعالى – من خلال بحث حكم المسألة عند الفقهاء .

حكم رجوع المعير عند الحنفية:

يجوز للمعير أن يرجع في عاريته، سواء أكانت مطلقة، أم مقيدة، فإذا كانت العارية أرضاً، فغرس فيها المستعير، أو بنى، ورجع المعير، ففي هذه الحالة يختلف الحكم في الضمان بالنسبة للعارية المطلقة عنها في العارية المؤقتة.

أولاً: إذا كانت العارية مطلقة، ففي هذه الحالة يجوز للمعير إجبار المستعير على قلع الغرس، ونقض البناء(1)؛ وذلك لأن في الترك ضرراً بالمعير، ولاسيما أنه يبقى لفترة طويلة(2). وقد وافق المالكية في المعتمد عندهم الحنفية في حكم هذه المسألة(3).

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج11، ص 141، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص34.
(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 364، الأنصاري ، أسنى المطالب شرح روض الطالب،ج5،ص202.
(3) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 229 ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج4، ص65.
(4) حاشية الدسوقي، ج5، ص 151، الدردير ، الشرح الصغير على أقرب المسالك،ج3، ص577.

وبالنسبة للضمان، ففي هذه الصورة لا يضمن المعير للمستعير قيمة البناء، أو الغرس، وحجتهم في ذلك:

أ- لأنه لو وجب الضمان على المعير لوجب بسبب الغرور، ولا غرور من جهته، بل المستعير الذي غر نفسه، حيث حمل المطلق على الأبد(4).

ب- أن المعير أطلق العقد، ولم يوقت فيه وقتاً، فيجوز له إخراجه قبل الوقت(5)، وخصوصاً أن العارية غير لازمة(6).

ثانياً: إذا كانت العارية مؤقتة فأخرجه قبل انتهاء الوقت:

ففي هذه الحالة يكون المستعير بالخيار، إن شاء ضمن صاحب الأرض قيمة غرسه، وبناءه قائماً سليماً، وتركه للمعير، وإن شاء أخذ غرسه، وبناءه، ولا شيء له على صاحب الأرض(7).

وحجتهم في تضمين المعير: أنه لما وقت للعارية وقتاً ثم أخرج المستعير قبل الوقت، فقد غره(8)، فصار كفيلاً عنه فيما يلزمه من العهدة إذ ضمان الغرور كفالة، فكان للمستعير أن يرجع عليه بالضمان، وعندها يملك صاحب الأرض البناء، والغرس بعد أن يؤدي الضمان(9).

ويعمل بالحكم السابق، إذا لم يؤدِ قلع الغرس، وهدم البناء إلى الإضرار بالأرض، فإذا كان مضراً، فالخيار للمالك، فله أن يمسك الغرس، والبناء بالقيمة، وله أن يسمح للمستعير بقلع غراسه، ونقض بنائه(10). ويثبت الخيار للمعير؛ لأن الأصل له، فهو راجح على التبع، فإن قلعهما فلا ضمان على المعير، وقيل إذا كلفه المعير قلعهما، قلعهما، ويضمن المعير ما نقص بالقلع؛ لأنه خدعه حيث ضمن له الوفاء إلى آخر الوقت الذي وقته، ولم يفِ به(11).

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 42، ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج7 ، ص480.
(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 322.
(3) الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 577.
(4) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج5، ص 322، السرخسي، المبسوط، ج11، ص 141-142 .
(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 322.
(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 42.
(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 322.
(8) السرخسي، المبسوط، ج11، ص 141.
(9) المصدر السابق، ج11، ص 141، الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 322.
(10) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 322.
(11) الموصلي، الاختيار، ج 3، ص 57.

هذا إذا كانت الأرض معارة للغرس، أو البناء، أما إذا كانت أعيرت للزراعة، فليس لصاحب الأرض أن يأخذها حتى يحصد الزرع؛ وبناءً على ذلك، فإن الزرع يترك إلى وقت الحصاد بأجر المثل(1)، وهذا الحكم يثبت، سواء أكانت العارية مطلقة، أم مؤقته(2).

والحجة في إبقاء الزرع في الأرض المعارة إلى وقت الحصاد؛ تتمثل بمراعاة الحقين عند الإمكان، وهذا ممكن في الزرع؛ لأن إدراك الزرع له وقت معلوم، فيمكن النظر للجانبين، جانب المستعير، ومصلحته في إبقاء الزرع إلى الحصاد، وجانب المالك بالترك إلى وقت الحصاد بالأجر(3)، فلو لم يحكم بأجر المثل لأدى ذلك إلى فوات منفعة الأرض على صاحبها مجاناً، وهذا فيه ضرر بالمالك، والضرر مرفوع بحكم المشرع.

حكم رجوع المعير عند المالكية:

ذكرت فيما سبق أن المالكية ذهبوا إلى القول: بعدم لزوم العارية إذا كانت مطلقة، وهذا هو المعتمد عندهم(4)، وبهذا فهم يتفقون مع الجمهور، إلا أن بعض المالكية ذهب إلى أن العارية إذا كانت مطلقة ،أي: لم تقيد بعمل، ولا بأجل، فإنها تلزم إلى انقضاء مدة ينتفع فيها بمثلها عادة؛ لأن العادة كالشرط(5).

وهذا التفصيل عند المالكية، هو ما جعلني أفرد رأيهم في هذه المسألة عن رأي الحنفية السابق، وإن كانوا يتفقون معهم في بعض الجوانب، وقد أشرت لذلك عند بيان رأي الحنفية.

وبناءً على الرواية الأخرى عند المالكية، وهو خلاف المعتمد،وذلك بما يخص العارية المطلقة، فإن المعير يلزم بإبقاء المستعير مدة زمنية ينتفع فيها بمثلها؛ وبناءً على ذلك، فليس للمعير إخراجه قبل الانتفاع المعتاد، إلا إذا دفع للمستعير ما أنفق في البناء، أو الغرس ،فعندها يجوز له إخراجه.

وهذا ما ورد عن الإمام مالك، حين سئل عن رجل أذن لغيره أن يغرس، أو يبني، أو يزرع في أرضه، ثم أراد إخراجه بعد أن بنى، أو غرس بأيام، فجاء الجواب عن الإمام : "لا أرى أن يخرجه إلا بعد أن يدفع إليه ما أنفق قائماً حياً، وإلا لم يكن له ذلك حتى يستكمل ما يرى الناس أنه

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 43، السرخسي، المبسوط، ج11، ص 142-143.
(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 43.
(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 43، السرخسي، المبسوط، ج11، ص 142-143 ، الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 323.
(4) الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 577.
(5) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 506، الكشناوي، أسهل المدارك، ج2، ص 176.

يسكن مثله في قدر ما عمل، وأما إذا سكن الزمن الطويل فيما يظن أن مثله قد بنى على أن يسكن مثل ما سكن هذا، فأرى أن يخرجه، ويعطيه قيمة نقضه، منقوضاً إن أحب، وإن لم يكن لرب الأرض حاجة بنقضه قيل للآخر أقلع نقضك، ولا قيمة لك على رب الأرض"(1).

وإذا كانت العارية مقيدة بعمل، أو بأجل، كأن أعاره دابة للركوب، أو أرضاً للبناء، أو الغرس، ففي هذه الحالة تعد العارية لازمة، أي: لا يجوز لصاحبها أن يأخذها قبل انقضاء الأجل، أو العمل الذي قيدت به(2).

ورد عن الإمام مالك: "إذا حدد أجلاً للعارية، فليس للمعير أن يرجع قبل انقضاء المدة المحددة للعارية ، وذلك إذا بنى المستعير ، أو غرس في الأرض المعارة"(3). وهذا الحكم لا يجوز عند الإمام مالك في رواية حتى لو أراد صاحب الأرض أن يدفع للمستعير قيمة البناء، أو الغرس، لأنه أوجب ذلك على نفسه(4).

حكم رجوع المعير عن العارية عند الشافعية، والحنابلة:

اتفق الشافعية والحنابلة في حكم هذه المسألة ؛ ولذلك جمعت بينهم في رأي واحد .

فإذا كانت العارية أرضاً للبناء، أو الغرس، وأراد المعير الرجوع بعد البناء، والغرس، فله حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون المعير قد شرط على المستعير القلع عند رجوعه، وهذا الشرط يكون قد صرح به وقت الإعارة(5).

فالحكم في هذه الحالة: أن المستعير يجب عليه أن يقلع غرسه، ويهدم بناءه؛ وذلك للأدلة الآتية:

أولاً: قوله ﷺ : " المسلمون عند شروطهم"(6).وهذا يعني أن المستعير يجب عليه أن يلتزم بما شرط عليه عند بداية العقد، ما دام أن الشرط تم باتفاق الطرفين.

---

(1) مالك، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة، بيروت– لبنان، دار الفكر، 1398–1978، ج4، ص362
(2) الصاوي، بلغة المسالك، ج3، ص 366، الحطاب ، مواهب الجليل ،ج7 ، ص301.
(3) مالك، المدونة، ج4، ص 362.
(4) المصدر السابق، ج4، ص 362.
(5) الأنصاري ، أسنى المطالب، ج5، ص 206، الهيتمي، تحفة المحتاج، ج2، ص379، ابن النجار، منتهى الإرادات، ج3، ص 146.
(6) سبق تخريجه، ص 46، وفي رواية: " المسلمون على شروطهم" .

ثانياً: أن المستعير عندما رضي بهذا الشرط، فإنه التزم الضرر الداخل عليه بـالقلع، فكـان هـو الضامن لنفسه[1].

وبالإضافة لما سبق، فإن المعير إذا شرط على المستعير تسوية الأرض بعد القلع، والهـدم، فإنه يلتزم بذلك، ويعمل على تسويتها؛ عملاً بشرط المعير[2].

الحالة الثانية: إذا لم يشترط المعير على المستعير القلع عند الرجوع.

ففي هذه الحالة: ينظر في قيمة ما غُرس، أو بني في الأرض المعارة من جهتين.

أولاً: إذا كانت قيمته مقلوعاً، أو منقوضاً كقيمته قائماً، أي: لم تنقص، فالمستعير يؤمر فـي هذه الحالة بالقلع؛ ومن ثم يقوم بتسوية الأرض، والحفر؛ لأنها حصلت بفعله[3].

ثانياً: إذا أدى القلع، أو النقض إلى نقص قيمة الغراس، أو البناء، ففي هذه الحالة لا يجبـر المستعير على قلع الأشجار، ولا نقض البناء مجاناً بلا عوض[4].

وحجة الشافعية، والحنابلة في هذا الرأي تتمثل فيما يأتي:

أولاً: أن المستعير إنما حصل بناؤه، وغراسه في الأرض بإذن ربها، ولم يشترط عليه قلعـه، فلـم يلزمه؛ لدخول الضرر عليه بنقص قيمة البناء، أو الغراس[5].

ثانياً: أن العارية عقد إرفاق ومعونة، وإلزام المستعير بالقلع مجاناً يخرجـه إلـى حكـم العـدوان والضرر[6].

ثالثاً: لا يصح القلع مجاناً؛ لاحترامه إذ هو موضوع بحق[7].

هذا في حالة ما إذا أراد المعير قلع الغراس، أو هدم البناء مجاناً، أمـا إذا أراد أن يـضمن للمستعير النقص الحاصل بسبب الرجوع، ففي هذه الحالة يثبت الخيار للمعير؛ وذلـك لأنـه مالـك الأرض التي هي الأصل.

---

(1)الماوردي ، الحاوي الكبير،ج7، ص128، الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص 136، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 66.

(2)الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج5 ، ص136، المرداوي، الإنـصاف، ج6، ص 106، البهـوتي، كشاف القناع، ج4، ص 66

(3)الماوردي ، الحاوي الكبير، ج7،ص128، المطيعي، تكملة المجموع، ج15، ص 42، البهوتي، كشاف القنـاع، ج4، ص 67.

(4) الأنصاري، أسنى المطالب،ج5،ص207 ، الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص 138، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 66، ابن قدامة ، المغني ، ج5، ص 231.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 67.

(6) المصدر السابق، ج4، ص 67.

(7) الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص 137.

والخيار الذي يثبت للمعير يكون على النحو الآتي:

للمعير أن يأخذه – أي: البناء، أو الغرس – بقيمته، أو يقلع الغراس، ويهدم البناء، ويضمن أرش نقصه، وهو ما بين قيمته قائماً، ومقلوعاً، أي: تكاليف المستعير، وذلك كالمستأجر، أو يبقيه بأجر مثله.

ولو دفع المستعير قيمة الأرض؛ ليتملكها لم يكن له ذلك؛ لأنها أصل، والبناء، والغراس تابع بدليل تبعهما لها في البيع دون تبعها لهما، فإن أبى المعير الأخذ بالقيمة، أو القلع مع ضمان النقص لم يجبر المستعير، وإذا طلب أحدهما البيع، فإن الأرض تباع بما فيها من بناء، أو غراس، ويجبر الطرف الآخر على البيع؛ لأن ذلك يعد طريقاً لتخلص كل منهما من مضارة الآخر، ومتى تم البيع، فإنه يدفع لرب الأرض قيمتها فارغة، والباقي لرب الغراس، أو البناء[1].

تحدثت سابقاً عن حكم رجوع المعير إذا كانت الأرض أعيرت للغرس، أو البناء، أما إذا كانت قد أعيرت للزرع، ومن ثم رجع المعير قبل إدراك الزرع؛ فما الحكم في هذه الحالة؟.

من خلال النظر في مصنفات الفقهاء، وجدت أن جمهور الفقهاء، الحنفية ، وبعض المالكية،والشافعية في الصحيح ، والحنابلة ذهبوا إلى القول: بأن الأرض إذا كانت أعيرت للزرع، فليس لصاحبها أخذها حتى يحصد الزرع، وبالتالي فإن المستعير يتحمل دفع أجرة المثل[2]. وذلك من حين الرجوع إلى وقت الحصاد.

بينما ذهب الإمام مالك، والشافعية في رواية إلى أنه لا أجرة للمعير إذا رجع قبل الحصاد[3].

أدلة الجمهور:

احتجوا لرأيهم بالأدلة الآتية :

أولاً: مراعاة حق الطرفين، المعير بأخذ أجرة أرضه، والمستعير بإبقاء زرعه إلى الحصاد، وقلعه قبل ذلك يؤدي إلى الإضرار به[4].

---

(1)الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص 138–139 ، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 67، ابن النجار، منتهى الإرادات، ج3، ص 147.

(2) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 222 ، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج7، ص 301،الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 369، المرداوي، الإنصاف، ج6، ص 109.

(3) مالك ، المدونة الكبرى ، ج4 ، ص 362، الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص369.

(4) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 222، ابن قدامة، المغني، ج5، ص 232.

ثانياً: أن الإباحة انقطعت بالرجوع، فأشبه ما إذا أعار دابة، ثم رجع في الطريق، فإن عليـه نقـل متاعه إلى مأمن بأجرة المثل[(1)].

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتجوا لرأيهم بالأدلة الآتية :

أولاً: أن رب الأرض ليس له أن يقلع زرعه ، فلما لم يكن له أن يقلع زرعه لم يكن لـه أن يأخذ عليه الكراء[(2)] .

ثانياً: أن منفعة الأرض إلى الحصاد ، كالمستوفاة بالزرع[(3)].

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني :

أولاً: بالنسبة للدليل الذي يقضي بأنه ليس لرب الأرض أن يقلع الزرع، ينـاقش بـأن هـذا الأمرمختلف فيه عند المالكية، فعند الإمام مالك ، وبعض فقهاء مذهبه إذا كانت العاريـة مطلقـة ، فليس للمعير الرجوع حتى ينتفع المستعير الانتفاع المعتاد[(4)] ، وبناءً علـى ذلـك إذا كانـت الأرض أعيرت للزرع ، فلا يمكن أن ينتفع بها إلا إذا نضج الزرع ، وتم حصاده ، وبالتالي فإنـه يحكـم ببقاء الأرض بيد المستعير بلا أجر حتى يحصد الزرع ، ومن ثم يردها لصاحبها ، ولكن ورد عنـد الدردير من المالكية أن المعتمد إذا كانت العارية مطلقة ، فإن المعير يحق له الرجوع في عاريته[(5)] ؛ وبناءً على ذلك إذا رجع المعير والزرع لم يدرك ، فإن مصلحة المستعير تقتـضي الحكـم بإبقـاء الزرع إلى وقت الحصاد ، ولكن الإبقاء لا يكون بلا مقابل، فلابد من دفع أجرة المثل عن المدة من الرجوع إلى وقت الحصاد ؛من أجل مراعاة مصلحة صاحب الأرض ؛ حتى لا يلحقه الضرر مـن جراء زيادة مدة الإعارة .

ثانياً : بالنسبة لدليلهم بأن منفعة الأرض إنما تستوفى بإبقاء الزرع إلـى وقـت الحـصاد، نوقش بأن الأصل جواز الرجوع ، وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر ، ففي دفع الأجـر جمـع بين الحقين ،أي: حق المعير بأخذ أجرة أرضه، وحق المستعير بإبقاء الزرع إلى وقـت الحـصاد ؛ لكي ينتفع به[(6)] .

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 369.
(2) مالك ، المدونة الكبرى ، ج4 ، ص 362.
(3) الشربيني، مغني المحتاج ، ج2، 369.
(4) مالك ، المدونة الكبرى ، ج4 ، ص 362، الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، ج3 ، ص366.
(5) الدردير، الشرح الصغيرعلى أقرب المسالك ، ج3، ص577.
(6) المرغيناني، الهدايةشرح بداية المبتدى ، ج3، ص222، ابن قدامة ، المغني ، ج5، ص232.

الرأي المختار في المسألة.

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة إعارة الأرض للزرع ، وسوق الأدلة التي استدل بها كل فريق لدعم رأيه ،ومناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني، فإنني أرى أن ما ذهب إليه الجمهور من الحكم ببقاء الزرع في الأرض حتى يتم الحصاد ، وأخذ الأجرة عن المدة الزمنية منذ رجوع المستعير إلى الحصاد هو الراجح ؛ وذلك لوجاهة الأدلة التي احتجوا بها ؛ لدعم رأيهم هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، فإن مصلحة المستعير تقتضي إبقاء الزرع إلى وقت الحصاد ؛ لأنه إذا رجع المعير قبل ذلك، وأمر المستعير بالقلع ، فإن ذلك يؤدي إلى الحاق الضرر به ، والضرر مرفوع بحكم الشرع ، هذا فيما يتعلق بالمستعير ، أما بالنسبة للمعير ، فإن بقاء الزرع في أرضه بعد رجوعه بلا مقابل سيؤدي إلى الحاق الضرر به ، وخصوصاً إذا كانت العارية مطلقة ؛ ولذلك فإن الحكم بدفع أجرة المثل يرفع الضرر عن المعير من جراء بقاء الزرع في أرضه .

خلاصة آراء الفقهاء في مسألة رجوع المعير:من خلال عرض آراء الفقهاء في مسألة رجوع المعير عن إعارته، لاحظت أن الحنفية، والمالكية يفرقون بين العارية المطلقة، والمؤقتة، أو المقيدة بعمل، أو أجل، فإذا كانت مطلقة عن الأجل، أو في صفة الانتفاع، وأراد المعير الرجوع، فله ذلك عند الحنفية، والمالكية في قول، وبالتالي فلا ضمان على المعير حال رجوعه، وله أن يطلب من المستعير قلع غراسه، أو هدم بنائه إذا كانت الأرض قد شغلت بذلك، بينما إذا كانت العارية مؤقتة بوقت معين، فلا يجوز للمعير إخراج المستعير من الأرض بعد شغلها بالبناء، أو الغراس، إلا إذا ضمن للمستعير قيمة البناء، أو الغراس؛ لأن إخراجه بدون ضمان يؤدي إلى الإضرار به، ولاسيما أنه أعطي فترة زمنية محددة للانتفاع، وهذا عند الحنفية في العارية المؤقتة، وكذلك ذهب المالكية هذا المذهب في العارية المطلقة في قول عندهم، حيث إن بعض المالكية ذهبوا إلى أن المستعير ينتفع بالعارية المطلقة الانتفاع المعتاد في مثلها من العواري، وبالنسبة للعارية المقيدة بوقت معين ، أو عمل معين ، فهي لازمة عندهم كما ذكرت سابقاً،وبالتالي لا رجوع للمعير حتى يتمكن المستعير من الانتفاع بعين العارية .

أما بالنسبة للشافعية، والحنابلة، فقد فرقوا بين حالتين، بين ما إذا شرط المعير على المستعير القلع حال الرجوع، أو لم يشرط ذلك، فإذا كان هناك شرط، ورجع المعير، فإن المستعير يلزم بالقلع، أو الهدم ؛ وذلك التزاماً بالشرط القائم بين الطرفين، بينما إذا لم يكن هناك شرط، وباشر المستعير باستغلال الأرض المعارة بالبناء، أو الغرس، فلا يجوز له إخراجه إلا إذا ضمن له قيمة البناء، أو الغرس، أو يأمره بالقلع مع ضمان أرش النقص، أو يسمح له بإبقاء الغراس، أو البناء

مقابل أجرة المثل، وبالنسبة للزرع، فإنه يبقى في الأرض إلى وقت الحصاد بأجر المثل؛ وذلك مراعاة لحق الطرفين، ورفع الضرر عنهما.

المطلب الثالث: مسائل في ضمان العارية:

الفرع الأول: حكم ضمان المستعير من المستعير:

اتفق الفقهاء على جواز إعارة المستعير للعارية إذا أذن له المعير بذلك[1]، أما إذا لم يأذن له المعير بالإعارة، فالفقهاء مختلفون في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: جواز إعارة المستعير للعارية، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[2]، والشافعية[3] في رواية، والحنابلة[4] في رواية. وشرط الحنابلة في روايتهم هذه إذا كانت العارية مؤقتة بوقت معين، وإلا فلا.

الرأي الثاني: عدم جواز إعارة المستعير للعارية، وهذا ما ذهب إليه كل من المالكية[5].الشافعية في رواية [6]،وجمهور الحنابلة[7].

الأدلة التي احتج بها كل فريق:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بجواز إعارة المستعير للعارية بعدد من الأدلة من القياس ،والمعقول ،وهي:

أولاً: القياس:

1- قياس العارية على الموصى له بالخدمة:

- وجه القياس: أن المستعير يجوز له أن يعير قياساً على الموصى له بالخدمة، فإنه، أي: الموصى له بالخدمة يملك أن يعير ما أوصى له به ،فكذلك الأمر بالنسبة للمستعير[8].

---

(1) المرغيناني، الهداية ، ج3، ص221، الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج6، ص496،الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2، ص357، ابن قدامة ، المغني ، ج5،ص227.
(2) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 221، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 37.
(3) الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 127، النووي ، روضة الطالبين ، ج4 ، ص 71.
(4) المرداوي، الانصاف، ج 6، ص 114- 115.
(5) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 496، عليش، منح الجليل، ج7، ص 34.
(6) الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 127، الشربيني، مغني ا لمحتاج، ج2، ص 357.
(7) ابن النجار، منتهى الإرادات، ج3، ص 152، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 72،المرداوي، االإنصاف ، ج6، ص 114 -115.
(8) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3، ص 221، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 37.

2- ومن أوجه القياس في هذه المسألة: أن المنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة، فتجعل كذلك في الإعارة ؛دفعاً للحاجة[1].

وبما أن المستأجر يجوز له أن يعير العين المستأجرة، فكذلك يجوز للمستعير إعارة العارية؛ لأن كل واحد منهما يملك المنافع ، المستأجر يملك منافع العين المستأجرة ، والمستعير يملك منافع العين المستعارة .

3-القياس على المستأجر:

وجه القياس: أن المستعير يجوز له أن يعير قياساً على المستأجر، فكما أن المستأجر يجوز له أن يؤجر ما استأجره ،فكذلك الأمر بالنسبة للمستعير له أن يعير للغير [2].

ثانياً المعقول:

إن الإعارة تعني تمليك المنافع، وبما أن المستعير ملك المنافع، فهذا يعني أنه يجوز له أن يعيرها لغيره[3].

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون بعدم جواز إعارة المستعير بعدد من الأدلة من القياس ،والمعقول، وهي:

أولاً: القياس:

وذلك من خلال قياس المستعير على الضيف، فكما أن الضيف لا يبيح للغير ما قدم له إلا بإذن من المالك، فكذلك المستعير، فإنه لا يصح له أن يعير إلا بإذن من المالك[4].

ثانياً: المعقول:

1- إن المستعير لا يملك المنفعة، بل تباح له فلا يصح أن يبيحها لغيره، فلذلك لا يجوز له أن يعيرها، وخصوصاً أنها تفيد الإباحة، وليس ا لتمليك[5].

2- إن ملكية العين باقية للمعير، فله الحق في منع المستعير من الإعارة للغير[6]، خصوصاً إذا اطلق ولم يصرح بالإذن في الإعارة فله الحق في المنع ؛ للضرر الذي قد يلحق به.

مناقشة الأدلة:

---

(1) المرغيناني، الهدايةشرح بداية المبتدى، ج3، ص 221.
(2) الماوردي، الحاوي الكبير، ج 7، ص 127.
(3) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3، ص 221، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج06، ص 37.
(4)الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 357، الرحيباني،مطالب أولي النهى، ج3، ص 739 .
(5) الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 127، ابن قدامة، الكافي، ج2، ص 275، الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3، ص 739.
(6) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 496، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج5، ص143.

أولاً: مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول:

ناقش المانعون لإعارة المستعير العارية أدلة المجيزين بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لاستدلالهم بالقياس على الوصية، فهذا القياس لا يصح عند المانعين؛ لأن الموصى له يملك الموصى به بعد الموت، ويحق له أن يتصرف به، بينما منافع العارية ليست مملوكة للمستعير، وإنما أبيح له الانتفاع بها بذاته ،وليس له أن يبيحها لغيره [1].

ثانياً: بالنسبة لاستدلالهم بالقياس على المستأجر، فقياس مع الفارق، لأن المستأجر ملك الانتفاع من كل وجه، فملك أن يملكها، وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له[2].

ثالثاً: بالنسبة لدليلهم: أن العارية تعني تمليك المنافع، نوقش بأنها لا تعني تمليك المنافع، وإنما تعني إباحة المنافع[3]؛ وبناءً على ذلك فلا يجوز للمعير أن يبيحها لغيره.

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني:

ناقش المجيزون لإعارة المستعير أدلة المانعين بما يأتي:

1- بالنسبة لاستدلالهم بالقياس على الضيف، فقياس مع الفارق؛ لأن العادة جرت بأن الضيف يتناول ما قدم له في بيت المضيف له، ولا يخرجه معه ليتمكن من تقديمه للغير، وأما المستعير، فإن العارية تكون بحوزته مدة زمنية يستطيع من خلالها استيفاء المنافع؛ وبناءً على ذلك يستطيع أن يعيرها لغيره، باعتباره مالكاً لمنافع العارية.

2- بالنسبة لدليلهم: أن العارية تعني إباحة المنافع، وليس التمليك، نوقش هذا الدليل، بأن المستعير يملك المنافع، وبما أنه يملك منافع العارية، فله أن يملكها لغيره بطريق الإعارة[4].

الرأي المختار:

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة إعارة المستعير للعارية، وسوق الأدلة التي استدل بها كل فريق، ومناقشتها، فإنني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه القائلون بعدم جواز إعارة المستعير للعارية؛ وذلك لأنه لا يملك عين العارية، وإنما يتمثل حقه في المنافع، فله أن يستوفي المنافع المتحصلة منها بنفسه، ومن جانب آخر، فإن المعير رضي بأن تكون العين المعارة بيد المستعير الأول، ولم يرضَ بأن تكون بيد غيره؛ لأن الآخر وهو المستعير من المستعير الأول قد لا يحافظ على عين العارية

(1) ابن قدامة،المغني، ج5، ص 227.
(2) المصدر السابق، ج5، ص 227.
(3) الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 127.
(4) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3، ص221.

حتى رجوعها إلى مالكها، وخصوصاً أنها تبقى على ملك صاحبها، ولهذا ارتأيت ترجيح مذهب القائلين بعدم جواز إعارة المستعير للعارية.

وبناءً على ترجيح رأي القائلين بعدم جواز إعارة المستعير للعارية، فإن السؤال الذي يطرح نفسه، ما حكم الضمان في حال قيام المستعير بالإعارة؟.

إذا قام المستعير بإعارة العارية بلا إذن من المعير، فتلفت عند المستعير الثاني، فإن المالك يحق له أن يضمن القيمة، والمنفعة أيهما شاء.

أما بالنسبة لتضمينه للأول منهما، وهو المعير لما استعاره؛ فلأنه سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه، وذلك أشبه ما لو سلط دابة على مال غيره فأكلته.

أما بالنسبة لتضمين الثاني، وهو المستعير من المستعير الأول؛ فلأن العين، والمنفعة فاتا على مالكهما في يده.

أما فيما يتعلق بالقرار في الضمان في هذه المسألة، فإنه يستقر على الثاني؛ لأنه استوفى المنفعة بدون إذن المالك، وتلف العين إنما حصل تحت يده.

وحكم قرار الضمان على المستعير الثاني، إذا كان يعلم أن العين لها مالك، ولم يأذن بإعارتها[1].

وبناءً على ما سبق، فإذا ضمن المالك المستعير الأول، فإنه، أي : المستعير الأول يرجع على المستعير الثاني، لأن الاستيفاء حصل منه، فاستقر الضمان عليه، أما إذا ضمن الثاني، فلا يرجع على المستعير الأول، وهذا كله في حال علم المستعير الثاني أن العارية مملوكة لشخص غير الذي أعاره.

وفي حال عدم علم المستعير الثاني بحال العارية، أي: أنه لم يكن يعلم أن العارية لها مالك لم يأذن بإعارتها، ففي هذه الحالة يستقر عليه- المستعير الثاني- ضمان عينها؛ لأنه قبضها على أنها عارية، وهي مضمونة عند أصحاب هذا الرأي.

فإذا تلفت عين العارية، وضمن المالك المستعير الأول، فإنه أي: المستعير الأول يرجع بما ضمنه على المستعير الثاني، أما إذا رجع المالك بالضمان على الثاني، فليس للثاني الرجوع على المستعير الأول؛ لأن ضمان عين العارية استقر عليه.

---

(1)الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 127 ، ابن قدامة، المغني، ج5، ص 227، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 72.

أما فيما يتعلق بضمان منافع العارية في حال عدم علم المستعير الثاني، فإنه يستقر على المستعير الأول؛ لأنه غر المستعير الثاني بدفعها إليه على أن يستوفيها بغير عوض[1].

وبناءً على ما سبق، فإذا كانت العارية سيارة ، وقام المستعير بإعارتها بدون إذن من مالكها، ففي هذه الحالة تطبق عليه أحكام الضمان السابقة، وذلك أن المستعير الثاني يضمن قيمتها إذا تعرضت لحادث، مما أدى إلى خرابها، والضمان لعين السيارة يستقر على المستعير الثاني علم بحالها، أو لم يعلم؛ لأنها مضمونة عليه بقبضه لها. أما بالنسبة لغلة السيارة للمدة الزمنية التي بقيت فيها تحت يده، فيضمنها إذا كان على علم بأن السيارة مملوكة لآخر، وليس للمستعير الأول، أما إذا لم يكن على علم، فإن الضمان يستقر على المستعير الأول؛ لأنه غرر بالثاني.

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 127، ابن قدامة، المغني، ج5، ص 227.

الفرع الثاني: حكم ضمان المستأجر من المستعير:

اتفق الفقهاء على جواز إجارة المستعير للعارية إذا أذن له المعير بذلك[1]، ولكن إذا قام بإجارتها بدون إذن،وذلك إذا كان عقد العارية مطلقاً، فما حكم هذا التصرف؟ وهل يترتب على تصرفه هذا ضمان؟

من خلال التتبع لهذه المسالة في مظانها، توصلت – بعون الله تعالى- إلى أن الفقهاء مختلفون فيها على رأيين، سأقوم بعرضهما مع الأدلة، ومن ثم بيان الراجح منهما، بناءً على قوة ما استدلوا به.

الرأي الأول: أن المستعير لا يجوز له أن يؤجر العارية، وهذا ما ذهب إليه، الحنفية[2]،وبعض المالكية[3]، وجمهور الشافعية[4]، والحنابلة [5].

الرأي الثاني: للمستعير أن يؤجر ما استعاره من غيره، وهذا ما ذهب إليه بعض المالكية[6]، وبعض الشافعية[7].

وجواز إجارة العارية عند المالكية، إنما يتعلق بالعارية المقيدة بأجل ،أو عمل، فالعارية في هذه الحالة تعد لازمة عندهم، فلا يجوز للمعير الرجوع إلا بانتهاء الأجل، أو العمل الذي قيدت به ؛ وبناءً على هذا الحكم في العارية المقيدة، جاء رأي المالكية بجواز إجارتها [8].

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بعدم جواز إجارة المستعير للعارية بعدد من الأدلة، وهي:

أولاً: أن المستعير لا يملك المنافع، فلا يصح أن يبيحها لغيره، وهذا بناءً على أن العارية تعني إباحة المنافع، وليس التمليك[9].

---

(1)ابن نجيم، البحر الرائق، ج7، ص 479، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج5، ص 143، الرملي ، نهاية المحتاج، ج5، ص120، ابن قدامة ، المغني ، ج5 ، ص227.

(2) البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، ص 163،ابن نجيم، البحر الرائق، ج7، ص 479.

(3) عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل ، ج7 ، ص34.

(4) الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 127، الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص 120 ، النووي ، روضة الطالبين ، ج4 ، ص325.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 72، المرداوي، الإنصاف، ج6، ص 115، ابن قدامة، المغني، ج5، ص 226.

(6) الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، ج3، ص361، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج5، ص 143.

(7) النووي، روضة الطالبين، ج4، ص 325، الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج2، ص372، الرافعي ، العزيز شرح الوجيز " الشرح الكبير "،ج5، ص370.

(8) الصاوي، بلغة السالك، ج 3، ص 366.

(9) الرافعي، الشرح الكبير، ج5، ص 370، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 72.

ثانياً: أن المستعير لا يملك عين العارية، وليس له أن يستعملها إلا فيما أذن له[1].

ثالثاً: أن الإجارة لازمة، فلو جاز للمستعير أن يؤجر العارية، فإنه يترتب على ذلك زيادة ضرر بالمعير؛ لأنها ستصبح لازمة كالإجارة، وبالتالي لا يستطيع المعير الرجوع عن إعارته حتى تنتهي المدة، فيتضرر فلا تلزم إلا برضاه[2].

رابعاً: أن الشيء لا يتضمن ما فوقه، فالإعارة دون الإجارة، فإذا أجر المستعير العارية فعطبت، فإنه يضمن[3].

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

أحتج القائلون بجواز إجارة المستعير للعارية بعدد من الأدلة من القياس، والمعقول، وهي:

أولاً: القياس:

إن المستعير يجوز له أن يرهن ما استعاره، فكذلك يجوز له أن يؤجر العارية[4].

ثانياً: المعقول:

إن المستعير ملك المنفعة، فله أن ينتفع بالعارية بنفسه، أو بغيره، وذلك بطريق الإجارة [5].

مناقشة الأدلة:

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول:

ناقش القائلون بجواز إجارة المستعير للعارية أدلة المانعين بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لدليلهم: أن المستعير لا يملك المنافع.

نوقش هذا الدليل بأن المنفعة ملك للمستعير ينتفع بها بنفسه، أو بغيره بطريق الإجارة[6].

ثانياً: بالنسبة لاستدلالهم بأن المستعير لا يملك العارية، فهذا صحيح، فالعارية تبقى على ملك صاحبها، ولكن الحديث يتعلق بالمنافع، فله استيفاؤها بنفسه، أو بغيره[7]، وهذا لا يتم إلا بأن تكون عين العارية بيده، والمعير رضي بأن تكون العارية بيد المستعير، مع بقاء ملكيتها للمعير.

---

(1) المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج15، ص40.
(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 36 ، الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص 127.
(3) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 221، البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، ص 164.
(4) النووي ، روضة الطالبين، ج4، ص325.
(5) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج5، ص 143.
(6) المصدر السابق، ج5، ص 143.
(7) المصدر السابق، ج5، ص 143.

ثالثاً: بالنسبة لاستدلالهم بأن إجارة العارية يعني أنها ستصبح لازمة، هذا الاستدلال لا يستقيم لهم؛ لأن العارية المقيدة لازمة عند المالكية[1]؛ وبناء على ذلك ،فإنها تأخذ حكم الإجارة من حيث اللزوم إذا كانت مقيدة.

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني:

ناقش القائلون بعدم جواز إجارة المستعير للعارية أدلة المجيزين بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لاستدلالهم بجواز إجارة العارية قياساً على رهن العارية، فقياس مع الفارق؛ لأن الإنسان يجوز له أن يستعير شيئاً ليرهنه، على ما أذن له فيه [2]، أما المسألة التي نحن بصددها، فتتعلق بإجارة العارية في حال كونها جاءت مطلقة .

ثانياً: بالنسبة لدليلهم: بأن المستعير يملك المنفعة، فقد نوقش، بأن العارية تعني إباحة المنافع، وليس التمليك، وبالتالي فإن المستعير له أن ينتفع بنفسه بالعارية دون غيره، فلا يجوز له أن يملك المنافع لغيره بطريق الإجارة[3].

الرأي المختار:

بعد عرض الآراء في مسألة إجارة المستعير للعارية، والوقوف على الأدلة التي استدل بها كل فريق، ومناقشتها، فإنني أميل إلى ما ذهب إليه الجمهور من القول: بعدم صحة إجارة المستعير للعارية؛ وذلك لقوة ما استدلوا به لدعم رأيهم ؛ ولأن المعير يتضرر بهذا التصرف من المستعير، ولاسيما أنه أذن له في استيفاء منافع العارية بنفسه، لا بغيره، وخصوصاً أن الإجارة لازمة، فلا يستطيع الرجوع إلا بعد أن يستوفي المستأجر المنافع التي أستأجر العين من أجلها، وهذا ضرره واضح بالمعير.

الضمان في مسألة إجارة المستعير للعارية .

وبناءً على ترجيح رأي الجمهور، والذي يقضي بعدم صحة إجارة المستعير للعارية، فإذا قام المستعير بهذا الفعل، ومن ثم تلفت العارية، فإنه يضمنها، وهنا لابد من التفصيل في حكم الضمان وعلى من يستقر في النهاية.

وردت العبارة عند الحنفية: " وليس للمستعير أن يؤجر؛ لأن الشيء لا يتضمن فوقه، فإن أجره، فعطب ضمن المستعير، ولا يرجع على المستأجر، وإن شاء ضمن المستأجر، ويرجع بما

---

(1) الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 366.
(2) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 227.
(3) البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 72.

ضمن على المؤجر، إن لم يعلم أنه كان عارية في يده، وإذا علم لا يرجع"[1]؛ لأنه لم يكن مغـــروراً بذلك"

هذه العبارة من عبارات الحنفية تدل على أن المستعير إذا أجر العارية بدون إذن المعيـــر، ومن ثم تعرضت للهلاك،فإنه يضمنها، ولا يرجع المستعير بما ضمن على المستأجر، إذا لم يكـــن، أي: المستأجر على علم بحالها، أما إذا كان المستأجر على علم بأنها عارية بيـــد المـــستعير، وأنـــه أعاره ما لا يملك، فإن المستأجر يضمن في هذه الحالة، ولا يرجع على المـــستعير" المـــؤجر" بمـــا ضمن. وهذا الحكم يتفق مع رأي الحنفية ، والذي يقتضي عدم تـــضمين المـــستعير للعاريـــة إلا إذا حصل منه تعد ، أو تقصير ، فالمستعير يعد مقصراً ، ويضمن في حالة إجارة العارية بدون إعـــلام المستأجر بكونها عارية بيده ، وملكيتها للغير ، أما إذا أعلم المستأجر بحال العارية ، ففي هذه الحالة يثبت حكم الضمان على المستأجر ؛ لأنه دخل في هذا الأمر على بينة من أمره .

وإذا َضِمن المؤجر (المستعير) العين لمالكها، وكان المستأجر على علم بكونها عاريـــة بيـــد المؤجر، فإن المؤجر يرجع بما ضمن على المستأجر؛ لأنه لم يغره ،فصار كالمستأجر من الغاصب.

ومن عبارات الحنابلة:" وإن أجر بغير إذن لم تصح الإجـــارة، ويكـــون علـــى المـــستأجر الضمان، وللمالك تضمين من شاء منهما"[2].

والسبب في تضمين المالك من شاء منهما؛ لأن الأول سلط غيره على مال غيره بغير إذنه، أما بالنسبة للثاني، فيضمن؛ لأنه استوفى منافع الشيء بغير إذن مالكه، وفي هذه الحالـــة إذا ضـــمن المالك المستعير، وهو المؤجر، فإنه يرجع بما ضمن على المـــستأجر؛ لأن المـــستأجر هـــو الـــذي استوفى منافع العارية، فاستقر الضمان عليه، أما إذا ضمن مالك العين المستأجر، فإنه لا يرجع على المؤجر،أي : المستعير، إلا إذا لم يكن على علم بحال العارية، ففي هذه الحالة يحتمـــل أن يـــستقر الضمان على الأول، وهو المؤجر؛ لأنه غر الثاني، ودفع إليه العين على أن يستوفي منافعها بغيـــر عوض.

أما بالنسبة لعين العارية، فإذا تلفت في يد الثاني استقر الضمان عليه بكـــل حـــال؛ لأنـــه استوفى منافعها، ومن ثم أصابها التلف وهي تحت يده ، فإذا ضَمَن مالُكهـــا المـــؤجَر، فإنـــه، أي:

(1) البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، ص 163-164.
(2) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 227.

المؤجر يرجع بما ضمِن على المستأجر ، أما إذا َضِمَن المستأِجر العيَن لمالكها، فإنه لا يرجع بما ضمن[1].

الفرع الثالث: حكم نفقات العارية:

للفقهاء رأيان في المسألة ، وهما :

الرأي الأول: تجب نفقة العارية على المستعير، إذا كانت بحاجة للنفقة، كدابة تحتاج للعلف، سواء أكانت العارية مطلقة، أم مقيدة، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[2]، والمالكية[3] في رواية.

الرأي الثاني: تجب نفقة العارية من مأكل، ومشرب على المعير، وليس على المستعير، وهذا ما ذهب إليه كل من المالكية[4]في رواية، والشافعية[5]، والحنابلة [6].

الأدلة التي احتج بها العلماء.

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بإيجاب نفقة العارية على المستعير بدليلين، وهما:

أولاً: أن المستعير قبض العارية لمنفعة نفسه؛ وبناءً على ذلك تجب نفقتها عليه[7].

ثانياً: أن المعير فعل معروفاً، فلا يليق به أن يشدد عليه، بإيجاب النفقة[8].

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون بوجوب النفقة على المعير بدليلين، وهما:

أولاً: أن النفقة من حقوق الملك[9]، وبما أن الملكية في عين العارية تبقى ثابتة للمعير، فإن ذلك يعني أن نفقتها عليه.

ثانياً: أن النفقة لو كانت على المستعير، لكانت كراءً، ولربما كان علفها أكثر من الكراء، وعندها تخرج العارية عن المعروف إلى الكراء[10].

---

(1) المصدر السابق، ج5، ص 227.
(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 43، ابن عابدين، رد المحتار، ج8، ص 481.
(3) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 511، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج5، ص 156.
(4)الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 511، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج5، ص 156.
(5) الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص 125 ، الهيتمي، تحفة المحتاج، ج2، ص 374.
(6) البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 73، ابن النجار ، منتهى الارادات ، ج3، ص156.
(7) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 43.
(8) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج5، ص 156.
(9) الأنصاري، أسنى المطالب، ج5، ص 197.
(10) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 511، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج5، ص 156.

مناقشة الأدلة:

مناقشة دليلي أصحاب الرأي الأول:

ناقش القائلون بوجوب النفقة على المعير أدلة القائلين بوجوب النفقة على المستعير بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لاستدلالهم بأن المستعير قبض العارية لنفع نفسه، فهذا صحيح، ولكن الملكية لعين العارية تبقى ثابتة للمعير، والنفقة من حقوق الملك[1].

ثانياً:بالنسبة لاستدلالهم بكون المعير فعل معروفاً، فيمكن مناقشة ذلك بأن المعير فعل معروفاً، ومن تمام المعروف أن يتحمل نفقة العارية؛ حتى لا يبقى معروفه ناقصاً.

مناقشة دليلي أصحاب الرأي الثاني:

ناقش القائلون بوجوب النفقة على المستعير أدلة القائلين بوجوبها على المعير بما يأتي :

أولاً: بالنسبة لدليلهم الذي يقضي بأن العارية مملوكة للمعير، والنفقة من حقوق الملك، يمكن مناقشته بأن المستعير يملك المنفعة المتحصلة من العين المستعارة، وبالتالي حتى يتمكن من تحصيل منافع العارية، لا بد من النفقة عليها من قبله، خصوصاً إذا كانت لا تعيش، ولا ينتفع بها إلا بالنفقة كالدواب مثلاً.

ثانياً: بالنسبة لدليلهم بأن وجوب النفقة على المستعير يجعلها كراءً، نوقش بأنه يوجد فارق بين العارية، والإجارة فالعارية عقد تبرع بالمنافع بدون مقابل، بينما الإجارة عقد على المنافع بعوض[2]. وبالتالي فإن إنفاق المستعير على العارية باعتبارها محبوسة عنده لتحصيل منافعها، لا يكون من باب الكراء؛ وإنما لاستمرار انتفاعه بها ما دامت في حوزته .

الرأي المختار مع بيان حكم الضمان:

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة ضمان نفقة العارية، وبيان الأدلة لكل فريق، ومناقشتها، فإنني أميل إلى ترجيح رأي من يوجب النفقة على المستعير؛ لوجاهة الأدلة التي استدلوا بها؛ لدعم رأيهم، ومن جانب آخر، فإن العارية لابد أن تمكث فترة من الزمن تحت يد المستعير، وهو الذي يملك منافعها، فإذا كانت تحتاج إلى النفقة، فليس من الإنصاف القول بوجوب النفقة على المعير؛ لأنه بتبرعه يكون قد قدم معروفاً لغيره، فإذا ألزم بالنفقة، فهذا يعني امتناع كثير من الناس عن

---

(1) الأنصاري، أسنى المطالب، ج5، ص 197.

(2) ابن قدامة ، المغني، ج5، ص،433 .

الإقدام عن التبرع بطريق العارية، وهذا بدوره يؤدي إلى وقوع الناس في الضائقة، والحرج، وما جاءت أحكام الشريعة الإسلامية، إلا لتحقيق المصالح، ودرء المفاسد، ورفع الحرج عن الناس.

لهذا كله ارتأيت ترجيح القول بإيجاب النفقة على المستعير؛ وحتى لا ينقطع حبل المعروف بين الناس.

وبناءً على ما سبق من ترجيح القول بإيجاب نفقة العارية على المستعير، فإذا امتنع عن الإنفاق عليها، وكانت بحاجة إلى النفقة، كمن استعار فرساً من غيره، ومكث الفرس تحت يد المستعير فترة من الزمن، ومن ثم قام المالك بالإنفاق عليه تلك المدة، فيجوز له أن يرجع على المستعير بما أنفق، أي: يضمنه نفقات العارية.

ومن استعار من غيره سيارة في الزمن الحاضر، فانتفع بها بنقل البضائع لفترة زمنية متفق عليها بين الطرفين، فهنا يتوجب على المستعير أن ينفق على السيارة بما تحتاج إليه، كالبنزين، وتغيير الزيت، وإضافة الماء للبطارية، خصوصاً أنها تتعرض للعطل، والضرر إذا افتقرت إلى مثل هذه الأشياء.

الفرع الرابع : حكم اشتراط نفي الضمان عن المستعير:

بينت من خلال ما سبق أن الفقهاء مختلفون في شأن تضمين المستعير للعارية إذا أتلفت، والسؤال الذي يطرح في هذه المسألة، هل يجوز للمستعير أن يشترط على المعير نفي الضمان؟ هذا ما سأبينه –إن شاء الله تعالى– من خلال عرض آراء الفقهاء في المسألة.

الرأي الأول: لا يسقط الضمان عن المستعير حتى ولو شرط نفيه، وهذا ما ذهب بعض المالكية[1]، والشافعية[2]، وجمهور الحنابلة[3]، ورأي المالكية في هذه المسألة يختص فيما يغاب عليه؛ لأنه مضمون عندهم.

الرأي الثاني: يسقط الضمان عن المستعير إذا شرط نفيه، وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية[4]، وبعض المالكية[5]، وأحمد في رواية[6].

(1) الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 364، الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج6، ص501.
(2) النووي، روضة الطالبين، ج4، ص 77، الرافعي ، الشرح الكبير ، ج5 ، ص377.
(3) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 221، ابن النجار ، منتهى الارادات ، ج3، ص154 .
(4) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 109.
(5) الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 364، الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج6، ص501.
(6) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 221.

والأصل عند الحنفية ، أن العارية أمانة فلا تضمن إلا بالتعدي، ولكن ورد عند بعض الحنفية على المرجوح من الرأي عندهم، أن المستعير يضمن بالشرط؛ وبناءً على ذلك إذا شرط نفي الضمان، فإنه ينتفي عنه.

أدلة الفريق الأول:

بالنسبة لأدلة القائلين بعدم سقوط الضمان عن المستعير بالشرط فهي لا تخرج عن الأدلة التي استدل بها القائلون بتضمين المستعير [1].فلا حاجة لتكرارها هنا.

أدلة الفريق الثاني:

أدلة القائلين بسقوط الضمان عن المستعير بالشرط لا تخرج عن أدلة القائلين بعدم تضمين المستعير باعتبار أن يده يد أمانة[2]؛ ولذلك ارتأيت عدم ذكرها هنا؛ وذلك تحاشياً للتكرار.

ويوجد دليل بالإضافة للأدلة السابقة، ويتمثل في أن المعير إذا أذن للمستعير بإتلاف العارية، فإنه لا يضمن، فكذلك إذا أسقط عنه الضمان[3].

والراجح في المسألة أن المستعير إذا تلفت العارية تحت يده، فإنه يحكم عليه بالضمان، حتى ولو شرط نفي الضمان؛ وذلك من أجل الحرص على العارية في أن تعود لمالكها سليمة من أي عيب، أو خلل يؤثر في قيمتها.

الفرع الخامس: قدر الثمن الذي يضمن عند اختلافه في الأزمنة .

اختلف الفقهاء في المسألة على أربعة آراء ، وهي :

الرأي الأول: يضمن المستعير العارية بقيمتها يوم التلف، وهذا ما ذهب إليه الشافعية في الأصح من رواياتهم[4]، والحنابلة[5].

الرأي الثاني: يضمن المستعير العارية بقيمتها يوم قبضها، وهذا ما ذهب إليه بعض الشافعية [6].

الرأي الثالث: يضمن المستعير العارية بأقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف، وهذا ما ذهب إليه بعض الشافعية [7].

---

(1) ص 137.
(2) ص 134-136.
(3) ابن قدامة ، المغني ، ج5، ص222.
(4) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2، ص370، النووي، روضة الطالبين ، ج4، ص77.
(5) ابن قدامة ، المغني ، ج5، ص223، ابن النجار ، منتهى الارادات ،ج3، ص154.
(6) النووي ، روضة الطالبين ، ج4، ص77، الرافعي ، العزيز شرح الوجيز ، ج5 ، ص ص377.
(7) المصدر السابق ، ج4، ص77، المطيعي ، تكملة المجموع ، ج15، ص33.

الرأي الرابع: يضمن المستعير الشيء المستعار يوم التعدي ، وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية[1].والمالكية[2].

الأدلة .

أدلة أصحاب الرأي الأول :

أحتج القائلون بتضمين المستعير قيمة العارية يوم تلفها بالدليلين الآتيين :

أولاً: أن يوم التلف هو الوقت الذي يتحقق فيه فوات العارية ، فوجب اعتبار الضمان به إن كانت متقومة[3].

ثانياً: أن المستعير لو ألزم قيمة العارية أكثر ما كانت عليه من حين القبض إلى حين التلف لأدى ذلك إلى إيجاب ضمان الأجزاء التالفة بالإذن ، وهذا لا يجوز[4].

دليل الرأي الثاني.

احتج القائلون بتضمين المستعير قيمة العارية يوم القبض بما يأتي :

القياس على القرض ، فكما أن المستقرض يضمن القرض بقيمته يوم قبضه له ، فكذلك الأمر بالنسبة للمستعير يضمن العارية بقيمتها يوم القبض[5].

دليل الرأي الثالث:

حجتهم لرأيهم: أن العارية إذا تلفت في حال زيادة القيمة ، وجبت القيمة الزائدة ، وذلك بالقياس على المغصوب[6].فكما أن الغاصب يضمن الزوائد إضافة للعين المغصوبة ، فكذلك الأمر بالنسبة للعارية إذا تلفت بعد زيادة قيمتها .

دليل أصحاب الرأي الرابع : احتج القائلون بتضمين المستعير عين العارية يوم التعدي بما يأتي:

أن وقت التعدي هو وقت مجاوزة حدود الانتفاع المأذون بها ، وذلك كأن يزيد في حمل الدابة المستعارة ما تعطب به، أو يستعملها ليلاً ونهاراً مما لا يستعمل مثلها من الدواب ، فله قيمتها وقت الزيادة ؛ لأن الوقت المذكور هو وقت التعدي[7].

---

(1) ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج8، ص 476،ابن مازه ، المحيط البرهاني ، ج5، ص568.
(2) الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، ج3، ص 365 ، الكشناوي ، أسهل المدارك ،ج2، ص176.
(3) ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ، ج5 ، ص 79 ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج4، ص 70.
(4) الرافعي ، العزيز شرح الوجيز " الشرح الكبير"، ج5، ص377، المطيعي ، تكملة المجموع ، ج15، ص37.
(5) الرافعي ، الشرح الكبير ، ج5، ص 377.
(6) المصدر السابق ، ج5 ، ص377.
(7) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج7، ص478 ، الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، ج3، ص365.

مناقشة الأدلة :

نوقشت أدلة أصحاب الرأي الأول بما يأتي :

بالنسبة لاستدلالهم بأن يوم التلف هو يوم فوات العارية ، هذا صحيح ، ولكن عندما يتعلق الأمر بتضمين المستعير للعارية إذا تلفت، فلا بد من اعتبار قيمتها بيوم قبضها لا بيوم تلفها ، وذلك قياساً على تضمين المستقرض لقيمة القرض ، واعتبار ذلك بيوم القبض[1].والذي دعا بعض فقهاء الشافعية للقول بأن الضمان يعتبر بيوم القبض لا بيوم التلف ، إنما هو خشية الوقوع في الربا، أو شبهته ؛ لأن حق المالك إنما يتعلق بالقيمة يوم تم قبضها .

مناقشة دليل أصحاب الرأي الثاني.

مناقشة دليل القائلين بأن الضمان يعتبر بيوم القبض:

بالنسبة لاستدلالهم بقياس العارية على القرض، واعتبار القيمة بيوم القبض ، نوقش بأن اليوم الذي تلفت فيه العارية يعتبر يوم التعدي عليها[2]، والمتعدي يحكم عليه بضمان قيمة الشيء الذي تلف بسبب تعديه اعتباراً بيوم التعدي ؛ وذلك عقوبة له على مجاوزته للحدود المسموح له فيها، وخصوصاً أن تضمين المستعير للعارية عند تلفها يعد ضمان تهمة، إلا إذا استطاع أن يثبت بالدليل بأن التلف كان بسبب لا يد له فيه[3].

مناقشة دليل أصحاب الرأي الثالث:

بالنسبة لاستدلالهم بتضمين المستعير أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف ، نوقش بأن تضمين المستعير بهذا الشكل سيؤدي إلى إلزامه بضمان أجزاء العارية التي أذن له باستعمالها، والمستعير لا يضمن الأجزاء المأذون له في استعمالها [4]؛ لأنه لو تم ذلك لفقدت العارية المعنى الذي شرعت من أجله ، وخصوصاً أنها تبرع بالمنافع بلا عوض .

مناقشة دليل أصحاب الرأي الرابع :

نوقش دليل القائلين بتضمين المستعير يوم التعدي ،بأن يوم التعدي ليس هو يوم فوات عين العارية ؛ لأن المستعير قد يتعدى على عين العارية ، ومع ذلك قد يتأخر فواتها ، أو هلاكها عن وقت التعدي ، فيبقى يوم التلف هو الذي تفوت به العارية ، فوجب اعتبار الضمان به[5] .

---

(1) النووي ، روضة الطالبين ، ج4، ص77 ، الرافعي، العزيز شرح الوجيز ،ج5 ، ص 377 .
(2)الصاوي ، بلغة السالك ، ج3، 365 .
(3)المصدر السابق ، ج3، ص 364.
(4) الرافعي، العزيز شرح الوجيز الوجيز ،ج5 ، ص 377، المطيعي ، تكملة المجموع ، ج15، 37.
(5) البهوتي ، كشاف القناع ، ج4، ص 70، ابن مفلح ، المبدع شرح المقنع ، ج5، ص 79.

الرأي المختار :

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة وقت ضمان العارية إذا تلفت ، وسوق الأدلة التي احتج بها كل فريق لدعم رأيه ، ومناقشتها ، فإنني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول ، والذي يقضي بتضمين المستعير قيمة العارية ، واعتبار ذلك بيوم التلف ، وذلك لما يأتي 1-قوة الأدلة التي استند إليها القائلون بهذا الرأي ، ووجاهتها في الدلالة على المقصود ، 2-إن الأسعار وقيم الأشياء ليست مستقرة، بل متغيرة تبعاً لاختلاف الظروف، والأحوال؛ وبناءً على ذلك إذا أعار شخص سيارة لآخر ، وبقيت بيد المستعير لمدة سنة ، وفي هذه الفترة الزمنية ارتفعت أسعار السيارات ، بحيث أصبح سعر السيارة خمسة آلاف دينار بعد أن كانت تساوي أربعة آلاف قبل ارتفاع الأسعار ، ومن ثم تعطلت السيارة المعارة بسبب من المستعير ، فليس من العدل اعتبار يوم القبض هو وقت تضمين المستعير قيمة العارية ؛ لأن ذلك سيؤدي إلى إلحاق الضرر بالمعير ، وخصوصاً أن حقه متعلق بعين العارية وقد ارتفع سعرها، أما بالنسبة للمستعير، فلا حق له إلا بالمنافع المتحصلة منها ، وبالنسبة لعين العارية فيجب عليه أن يردها لصاحبها على حالها حتى ولو زادت قيمة عينها ، فإن ذلك من حق المعير لا من حق المستعير ؛ لهذا كله رجحت القول بتضمين المستعير قيمة العارية إذا تلفت، واعتبار قيمة العارية يوم التلف لا يوم القبض .

:

قبل البحث في أحكام الضمان في القرض، لا بد من الوقوف على حقيقة القرض في اللغة والاصطلاح:

القرض في اللغة يعني: القَطْعَ، يقال استقرَضْتُ من فُلانٍ، أي: طَلَبْتُ منهُ القرضَ(1).

القرض في اصطلاح الفقهاء :

من خلال البحث وجدت أن الفقهاء عرفوا القرض بمايأتي :

- **عرف الحنفية القرض بأنه:** ما تعطيه من مثلي؛ لتتقاضى مثله(2).
- **عند المالكية القرض يعني:** إعطاء متمول في عوض مماثل في الذمة لنفع المعطى له(3).
- **عرف الشافعية القرض بأنه:** تمليك الشيء على أن يرد بدله(4).
- **وعرفه الحنابلة:** بأنه دفع مال إلى الغير لينتفع به، ويرد بدله(5).

وبناءً على التعريفات السابقة للقرض عند الفقهاء، فإنني استطيع القول بأن القرض يعني: تمليك الشيء للمستقرض على أن يرد بدله.

شرح التعريف المختار:

أولاً: أن القرض يعني: تمليك الشيء الذي يتم اقتطاعه من مال المقرض للمستقرض.

ثانياً: أن عقد القرض تبرع ابتداءً ؛لأنه لا يقصد منه الربح، ولكنه ينتهي بالمعاوضة؛ لأنه يتطلب رد بدل القرض للمقرض.

ثالثاً :أن التعريف المختار يشمل القرض في المال ، سواءً أكان مثلياً ،أم قيمياً، وهذا ما يميزه عن تعريف الحنفية ، والذي يقصر القرض على المال المثلي دون القيمي.

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج 7، ص 216-217.
(2) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج7، ص 388.
(3) الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 291.
(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص160، الرملي، نهاية المحتاج، ج4، ص 215.
(5) المرداوي، الإنصاف، ج5، ص 123، البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 312.

المطلب الأول: طريق ثبوت الملك في القرض:

إن البحث في هذه المسألة يتطلب النظر في آراء الفقهاء، فيما يتعلق بالطريق الذي يثبت به الملك للمستقرض في المال المقرض، وهل يثبت بالقبض، أو بالعقد، أو بغيرهما؟ هذا ما سأبينه- بإذن الله تعالى ومشيئته – من خلال بحث آراء الفقهاء في المسألة.

الرأي الأول: يثبت الملك للمستقرض في المال المقتَرض بالقبض، وهذا ما ذهب إليه جمهور الحنفية[1]، والشافعية في الأصح من أقوالهم[2]، والحنابلة[3].

الرأي الثاني: يثبت الملك للمستقرض في المال المقترض بالعقد، وهذا ما ذهب إليه المالكية[4].

الرأي الثالث: يملك المستقرض المال المقترض بالتصرف به، وذلك بأن يصدر عنه ما يزيل ملكية المال عن صاحبه، وهذا ما ذهب إليه الشافعية في قول عندهم[5].

الرأي الرابع: لا يملك المال المقترض إلا بالاستهلاك، وهذا ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية[6].

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بثبوت الملك في القرض بالقبض بعدد من الأدلة، وهي:

أولاً: أن القرض، هو القطع في اللغة؛ لذا سمي هذا العقد [7]قرضاً؛ لما فيه من قطع ملك المقرض مجرد التسليم إلى المستقرض.

ثانياً : أن الملك لو لم يثبت بالقبض لامتنع على المستقرض التصرف فيه، وهذا يعني أن القرض عقد يقف التصرف فيه على القبض، فوقف الملك عليه[8].

ثالثاً: أن المستقرض بنفس القبض صار بسبيل التصرف في القرض من غير إذن المقرض؛ ويتصرف به بيعاً، وهبةً، وصدقة، وسائر التصرفات، وإذا تصرف نفذ تصرفه، ولا يتوقف على إجازة المقرض، وهذه أمارات الملك[9].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 519،ابن عابدين ، رد المحتارعلى الدرالمختار ،ج7، ص388.
(2) الرافعي، العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير)، ج4، ص 435، الرملي، نهاية المحتاج، ج4، ص 232.
(3) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 312، المرداوي، الإنصاف، ج5، ص 125.
(4) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 119، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص 366.
(5) الرملي، نهاية المحتاج، ج4، ص 232، الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج2 ، ص 211- 212.
(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 520.
(7) المصدر السابق، ج6، ص 520.
(8) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج2، ص 211، ابن مفلح، المبدع، ج4، ص 94.
(9) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 520.

دليل أصحاب الرأي الثاني:

أحتج القائلون بثبوت الملك بالعقد بما يأتي:

أن القرض يعد من المعروف، كالهبة، والصدقة؛ ولذلك فإنه يلزم بالقول، ويصير مالاً من أموال المستقرض، يقضي له به ؛ وبناءً على ذلك ، فإن الملك يثبت فيه بالعقد، وإن لم يقبض(1).

دليل الرأي الثالث:

احتج القائلون بأن الملك في المال المقترض يثبت بالتصرف بالدليل الآتي:

يثبت الملك بالتصرف؛ رعاية لحق المقرض؛ لأن له الرجوع فيما أقرضه ما دام باقياً، أي: لم يتصرف به، أما إذا تصرف بالقرض فقد أزال ملك صاحبه عنه(2).

دليل أصحاب الرأي الرابع:

احتج من قال: بأن الملك في المال المقتَرض يثبت بالاستهلاك بالدليل الآتي:

- أن الإقراض إعارة، بدليل أنه لا يلزم فيه الأجل، ولو كان معاوضة للزم، كما في سائر المعاوضات(3).وهذا الدليل عند أبي يوسف يشير إلى هدف المستقرض من طلبه للقرض، وهو الانتفاع بما استقرضه ، ولا يكون ذلك عنده إلا باستهلاك المال الذي هو محل القرض ؛ وبناءً على ذلك جاء القول بثبوت الملك في القرض بالاستهلاك .

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة ثبوت الملك في القرض، لا بد أن أبين أن الغاية من بحث هذه المسألة، إنما هي الوقوف على حكم الضمان في حال تصرف المستقرض بما اقترضه، وهل أن الضمان لا يثبت عليه إلا بعد التصرف بما اقترضه، أو أنه يضمن بمجرد القبض ،أو أن المال المقترض يدخل في ضمانه مجرد أن تم عقد القرض، ولو لم يتم القبض؟ هذا ما سأبينه- بمشيئة الله تعالى- بناءً على الآراء السابق عرضها.

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص 366.
(2) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج2، ص 212، الرملي، نهاية المحتاج، ج4، ص 232.
(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 520.

المطلب الثاني: حكم ضمان القرض في حال تصرف المستقرض بعد القبض

يثبت ضمان القرض في ذمة المستقرض بمجرد قبضه له؛ وبناءً على ذلك ورد عند الحنفية، أنه إذا اقترض شخص من آخر كراً من الحنطة، وقبضها المستقرض، ثم أراد المقرض أن يأخذه منه، وأراد المستقرض أن يمنعه من ذلك ، ويعطيه كراً آخر مثله، له ذلك في ظاهر الرواية؛ وذلك بناءً على ثبوت مثل القرض في ذمة المستقرض مجرد القبض[1].

أما عند أبي يوسف، والذي قال: بأن الملك لا يثبت في القرض إلا بالاستهلاك، فقد ورد عنه:" أنه لا خيار للمستقرض في الصورة السابقة، ويجبر على دفع الكر من الحنطة إذا طلبه المقرض؛ ما دام أنه باق لم يستهلك"[2].

أما بالنسبة للشافعية، فقد ورد عندهم بناءً على ثبوت الملك بالقبض، أن المقرض له الرجوع في عين المال المقترض ما دام باقياً في ملك المستقرض بحاله إن لم يتعلق به حق لازم في الأصح؛ لأن له تغريم بدله عند الفوات، فالمطالبة بعينه أولى[3].

أما بناءً على ثبوت الملك بالتصرف، فلا يصح للمقرض أن يرجع بعين ماله الذي أقرضه، بل للمستقرض أن يؤدي حقه من موضع آخر، كسائر الديون[4].

وبالنسبة للحنابلة، والذين اتفقوا مع الجمهور على أن الملك في المال المقترض يثبت بالقبض، فقد ورد عندهم أن المقرض يحق له المطالبة ببدل القرض في الحال؛ لأن القرض يثبت في الذمة حالاً، فكان له طلبه كسائر الديون الحالة؛ ولأنه سبب يوجب رد المثل، أو القيمة فكان حالاً كالإتلاف.

ولا يلزم االمستقرض رد عين ما اقترضه؛ لأنه ملكه ملكاً تاماً بالقبض، أما إذا رد عين ما اقترض من ذات نفسه، ففي هذه الحالة يلزم المقرض بالقبول، إذا كان المردود مثلياً؛ لأنه رده على صفة حقه، أما إذا كان المال المقترض غير مثلي، ورده المقترض بعينه، فلا يلزم المقرض قبوله؛ لأن الذي وجب له بالقرض قيمته، فلا يلزمه الاعتياض عنها[5].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 520.
(2) المصدر السابق، ج6، ص 520.
(3) الرملي، نهاية المحتاج، ج4، ص 232، النووي ، روضة الطالبين ، ج3، ص277.
(4) الرملي ، نهاية المحتاج، ج4، ص 232، الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج2، ص212.
(5) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص314.

أما المالكية، فقد ذكرت أنهم يرون أن الملك يثبت في المال المقترض بمجرد العقد؛ وبنـــاءً على ذلك، فإن المستقرض يملكه، وإن لم يقبضه، ويصير مالاً من أمواله، ويقــضى لـــه بـــه، وإذا قبضه، فلا يلزم برده إلا إذا انتفع به عادة أمثاله، فإذا مضى الأجل المشترط، أو المعتاد، ففي هـــذه الحالة يلزمه رده، ويجوز للمستقرض أن يرد مثل ما اقترض، وله أن يرد عين الذي اقترضه، سواء أكان مثلياً، أم غير مثلي بشرط ألا يتغير بزيادة، أو نقصان، فإن تغير وجب رد المثل[1].

المطلب الثالث: ثبوت بدل القرض في ذمة المستقرض:

إذا قام شخص بالاقتراض من غيره ، فإن القرض تثبت ملكيته للمـــستقرض بـــالقبض ، وبناءً على ذلك فإن ذمته تشغل بحق غيره ، وهنا لا بد من بحث كيفية رد القرض ، هل بالمثل أو بالقيمة ؟

الفرع الأول: ضمان القرض بالمثل أو القيمة:

بعد عرض آراء الفقهاء في المسألة التي يثبت من خلالها الملك للمـــستقرض فـــي المـــال المقترض، ارتأيت أن أبحث حكم ضمان المال المقترض، من حيث رد المثل، أو القيمة، ومـــا هـــو الواجب منهما على المستقرض؟ توصلت من خلال البحث في المسألة المذكورة إلى الآراء الفقهيـــة الآتية:

الرأي الأول: فرق أصحاب هذا الراي بين حالتين، بين ما إذا كان المال المقتَـــرض مثليـــاً، وبين ما إذا كان قيمياً.

الحالة الأولى: إذا كان المال المقتَرض مثلياً، ففي هذه الحالة يجب علـــى المـــستقرِض رد المثل، وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء[2].

الحالة الثانية: إذا كان مال القرض لا مثل له، أي: أنه من القيميات، فعلى المستقرِض فـــي هذه الحالة أن يرد عين القرض، إذا لم يتغير بزيادة، أو نقصان، فإذا تغير بنقصان فلا يجب علـــى المقرض قبوله، أما إذا تغير بزيادة، فهناك روايتان لأصحاب هذا الرأي ،فالرواية الأولـــى عـــدم القضاء بقبوله؛ لأنه معروف من المقرض.

---

(1) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 119-120، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص 366.

(2) ابن عابدين، رد المحتاج، ج7، ص 388، الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 119-120، النووي، روضـــة الطالبين، ج3، ص278، ابن قدامة، المغني، ج4، ص 352.

أما بالنسبة للرواية الثانية فتتمثل:

بوجوب القضاء بقبوله قبل أجله؛ وذلك لانتفاء المنة على المقرض؛ لتقدم معروفه على المستقرض بالقرض.

ما سبق بيانه يتعلق بضمان مال القرض القيمي إذا لم يتعرض للتلف ، أما إذا تعرض للتلف، ففي هذه الحالة يجب على المستقرض أن يضمن قيمة القرض؛ لأن ضمان المال القيمي إنما يكون بالقيمة ، ولا سيما في حال تلفه.

وهذا ما ذهب إليه المالكية[1].

أما بالنسبة للشافعية، والحنابلة، فقد ورد عندهم أن القرض إذا كان لا مثل ،أي: من القيميات، ففي هذه المسألة عندهم وجهان:

أحدهما: تجب القيمة على المستقرض.

ثانيهما: يجب على المستقرض المثل في الصورة[2].

الرأي الثاني: يلتزم المستقرض برد مثل المال الذي اقترضه[3]، ولا يجبر على رد عين المال الذي تم اقتراضه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية، ولكن إذا كسدت النقود المقترضة ، أو تغير سعرها بالغلاء، أو الرخص ، فإن أبا حنيفة ذهب إلى القول بأداء المثل إلا أن يكون هناك رضا من الطرفين بأداء القيمة ، بينما نجد الصاحبين من الحنفية ذهبا إلى أداء قيمة النقود المقترضة في حال تعرضها للكساد ، أو الغلاء، والرخص ، وهذا ما سأبينه –إن شاء الله تعالى – في بحث تغير قيمة النقود .

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بوجوب ضمان القرض بالمثل إذا كان مثلياً بالأدلة الآتية:

أولاً: يجب ضمان المثل في المثلي؛ لأنه أقرب إلى الوفاء بحق المقرض[4].

ثانياً: أن المثلي يجب ضمانه بالمثل في حالة الإتلاف، ففي القرض أولى أن يضمن بالمثل[5]، إذا كان على تلك الصفة.

أما بالنسبة لأدلتهم فيما يتعلق بضمان القيمة إذا لم يكن القرض مثلياً، فتتمثل بما يأتي:

---

(1) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 120، االدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج4 ، ص361.
(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 163، ابن قدامة، المغني، ج4، ص 352.
(3)ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 388 ، الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، ج3، ص 202.
(4)الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 119،عليش، منح الجليل، ج5، ص 260.
(5) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 352، ابن قدامة، الكافي، ج2، ص 92.

أولاً: أن الشيء يضمن بالمثل إن كان له مثل،فإن لم يكن له مثل ، أو كان من القيميات، فإنه يضمن بالقيمة كالمتلفات(1).وهذا يعني أن من أتلف شيئاً على صاحبه، و لم يوجد له مثل ، فإنه يتوجب عليه ضمان قيمة ما أتلفه ؛ لأن الضمان بهذا الشكل يصبح الطريق الوحيد لجبر الضرر الذي لحق بصاحب الحق.

ثانياً: أن القيمة في حال كون القرض قيمياً، أو في حال عدم المثل، هي التي تكون قد ثبتت في الذمة(2)؛ وبناءً على ذلك، فإنه يجب على المستقرض أن يؤدي قيمة المال المقترض للمقرض.

وبالنسبة للحالة الثانية، وهي ما إذا كان القرض قيمياً، فالواجب في حال تغير القرض هو القيمة، وقيل: مثله في الصورة.

أما بالنسبة لأدلة وجوب القيمة، فقد بينتها، وبقي أن أبين الأدلة التي استدلوا بها على ضمان القرض بالمثل صورة، إذا لم يضمن بالقيمة.

الأدلة التي احتج بها من ذهب إلى ضمان القيمي برد مثله في الصورة .

أولاً: السنة:

عن أبي رافع – رضي الله عنه– أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكراً*، فقدمت عليه إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع، فقال: يا رسول الله، لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً(*)، فقال: " أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء"(3).

وجه الدلالة :

يدل الحديث على وجوب رد القرض بالمثل، والمعتبر في هذه الحالة مثل صفاته تقريباً (4) .

ثانياً: المعقول:

1– إن ما ثبت في الذمة في السلم، يثبت في القرض، كالمثلي، بخلاف الإتلاف، فإنه لا مسامحة فيه ؛لأنه عدوان، فأوجب القيمة؛ لأنه أ حصر(5).

---

(1) المصدران السابقان.

(2)ابن قدامة، الكافي، ج2، ص 92. * البكر : الجمل الفتي القوي . ابن قدامة ، المغني ، ج4، ص347.

(*)الرباعي : وهو الذكر من الجمال والذي نبتت رباعيته ، وهي رابعة أسنانه من الأمام.المصدر السابق ، ج4، ص347.

(3) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب من استلف شيئاً فقضى خيراً منه، رقم "1600" ج3، ص 992.

(4) ابن قدامة ، المغني ، ج4، ص 352–353.

(5) ابن قدامة، الكافي، ج2، ص 92–93، ابن قدامة ، المغني ، ج4، ص352.

2- إن القرض ثبت للرفق،أي: الرفق بالمستقرض ،وهذا يقتضي التسهيل عليه عند الوفاء بما اقترضه، فعلى هذا يعد مثله في الصفات تقريباً[1].

3- إنه لو وجبت قيمة القرض عند الضمان، لافتقر إلى العلم بها[2]،وبما أن القيمة قد تصعب معرفتها إلا بالرجوع إلى أهل الخبرة ، فإن الحكم بضمان المثل في الصورة يكون أيسر، وأسهل في إيصال الحقوق إلى أصحابها.

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون بوجوب ضمان مثل القرض، وعدم إلزام المقترض برد عينه بالأدلة الآتية:

أولاً: أن القرض إعارة ابتداءً معاوضة انتهاء؛ لأنه لا يمكن أن ينتفع به إلا باستهلاك عينه، فيلزم إيجاب المثلي في الذمة[3].

ثانياً: أن الحكم بالضمان بالمثل أقرب إلى الحق، والعدل[4].

ثالثاً: أن إيجاب القيمة يؤدي إلى المنازعة ؛ لاختلافها باختلاف المقومين ، فتعين وجوب رد المثل[5].

بعد عرض آراء الفقهاء في المسألة، وسوق الأدلة التي احتج بها كل فريق لرأيه، فإنني أميل إلى أن المال المقترض الأصل أن يرد بالمثل إذا كان مثلياً؛ لأن المثل يرد بمثله؛ ولأن الأداء بالمثل يعد أقرب لحق المقرض، أما إذا لم يكن مثلياً، ففي هذه الحالة يتم وفاء القرض بالقيمة؛ لأن الوفاء بالقيمة، إنما يلجأ إليه في حالة ما إذا كان مال القرض قيمياً ؛ فيؤدى بقيمته، وكذلك إذا كان مثلياً ، وتعذر وجوده، فيلجأ في هذه الحالة إلى القيمة.

الفرع الثاني: حكم اشتراط الزيادة ،أو الجودة عند رد بدل القرض.

من المعروف أن المستقرض عليه أن يرد مثل ما اقترض إن كان له مثل ،أو قيمته إذا كان قيمياً، دون أن تكون هناك زيادة مشروطة على أصل الدين؛ لأن الزيادة في هذه الحالة ربا، وهو محرم شرعاً، ولكن ما الحكم إذا رد المستقرض القرض وزاد عليه، أو رد أفضل مما اقترض في

(1) ابن قدامة،الكافي، ج2، ص 93، ابن قدامة، المغني، ج4،ص353.
(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 163.
(3) ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 388.
(4) المصدر السابق ، ج7 ،ص 388.
(5) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج6 ، ص517.

الصفة[*]، ولم يكن هناك شرط يستلزم الزيادة المذكورة؟ للإجابة على هذا السؤال لا بد من عــرض آراء الفقهاء في المسألة، وهي:

الرأي الأول: يجوز الوفاء بأجود، وأفضل مما اقترض، سواء أكانت الأفضلية في الــصفة، أم فــي القدر، إذا لم يكن هناك شرط يقتضي الوفاء بأكثر، أو أجود مما اقترض، أما في حالة الشرط فلا يجوز ذلــك، وهــذا مــا ذهــب إليــه كــل مــن الحنفيــة[1]، وبعــض المالكيــة[2]، والشافعية[3]،والحنابلة[4].والصنعاني[5] ،والشوكاني[6].

الرأي الثاني: تكره الزيادة في العدد عند الوفاء بالقرض، إلا إذا كانت الزيادة يــسيره، ففــي هــذه الحالة، فإنه يعفى عنها، وهذا ما ذهب إليه بعض المالكية، وذلك إذا لم يكــن هنــاك شــرط بالزيادة المذكورة ، أما في حالة الشرط، فإن ذلك يحرم، كما بينت في الرأي الأول[7].

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بجواز الوفاء بأكثر، أو أجود مما اقترض إذا لم يكن هناك شرط بعــدد مــن الأدلة، وهي:

أولاً: السنة:

1-عن أبي رافع أن النبي ﷺ استسلف بكراً فرد خيراً منه، وقال:" إن خيار الناس أحــسنهم قضاءً"[8].وفي رواية" خيركم أحسنكم قضاءً"*

وجه الدلالة:

يدل الحديث على جواز رد القرض بأفضل مما اقترض، ولكن ذلــك يتوقــف علــى عــدم اشتراط الزيادة عند العقد[1].

(*) كأن يرد الصحيح عن مكسر ، أو أن يشترط رد الجيد عن الرديء. الشربيني ،مغني المحتاج ، ج2، ص163.
(1) السرخسي، المبسوط، ج14، ص 35، ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 394.
(2) الصاوي، بلغة المسالك، ج3، ص 185، الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 117.
(3) الشافعي، محمد بن أدريس، الأم، تحقيق : رفعت فوزي عبد المطلــب، دار الوفــاء ، ط1، 1422 – 2001، ج4، ص 190، الشيرازي، المهذب، ج2، ص 84.
(4) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 316، ابن قدامة، المغني، ج4، ص 354.
(5) الصنعاني ، سبل السلام ، ج3، ص104.
(6) الشوكاني، نيل الأوطار ، ج4 ، ص 124.
(7) عليش، منح الجليل، ج5، ص 258، الكشناوي ، أسهل المدارك ، ج2 ، ص 115.
(8) مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب المساقاة ، باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه ، ج3،ص992.
* المصدر السابق ،ج3، ص 393.

2- إن النبي ﷺ كان معروفاً بحسن القضاء[2]؛ وبناء على ذلك فلا ضير في أن يـــرد المـــستقرض أكثر مما اقترض، أو أجود منه إذا لم يكن هناك شرط ينص على الزيادة ، أو الجودة

ثانياً: المعقول:

1- إن القرض عقد إرفاق، وقربة، فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه، وهذا بدوره يعني جواز الزيادة إذا لم تكن مشروطة في العقد[3].

2- إن تلك الزيادة لم تجعل عوضاً في القرض، ولا وسيلة إليه، أشبه ما لم يكن هناك قرض[4].

3- إن الربا اسم للزيادة المشروطة في العقد، ولم توجد فكان من باب حسن القضاء[5].

4- يعتبر الرضا مبدأ أساسياً في العقود، فإذا وفى بأجود، أو بأقل بالتراضي بينه وبـــين صـــاحب القرض، جاز ذلك؛ لأن الحق لا يعدوهما[6].

الأدلة على تحريم الزيادة في الوفاء إذا كانت بشرط.

احتجوا على تحريم الوفاء بأفضل، أو أكثر مما اقترض إذا كان ذلك بشرط بعدد من الأدلة، من القرآن، والمعقول، وهي:

أولاً: القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾ ﴾[7].

وجه الدلالة: تدل الآية على استرداد رأس المال دون الزيادة المشروطة؛ لأنها ربا، فيكـــون الآخذ للزيادة قد أخذ ما ليس له أخذه؛ لأنه لا حق له به[8].

ثانياً: المعقول:

1- إن الوفاء بأجود، أو أكثر مما اقترض بالشرط يؤدي إلى انقطـــاع المعـــروف بـــين الناس[9].

---

(1)الشر بيني ، مغني المحتاج ، ج2 ، 164، ابن قدامة ، المغني ، ج4 ، ص 356 .
(2) الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 296.
(3)الشيرازي، المهذب، ج2، ص 84 ، ابن مفلح، المبدع، ج4، ص 97.
(4) ابن مفلح، المبدع، ج4، ص 98.
(5) الكاساني، بدائع الصنائع ،ج6، ص 519.
(6) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 317.
(7) سورة البقرة، الآية" 279".
(8) ابن قدامة، المغني، ج4، ص354، الطبري، جامع البيان، ج3، ص 149.
(9) الكشناوي، أسهل المدارك، ج2، ص 115.

2- الزيادة في حالة الشرط تكون من باب القرض الذي جر نفعاً، وهو محرم؛ لأن الزيادة فضل لا يقابله عوض، والتحرز عن الربا واجب(1).

3- إن الزيادة المشروطة تؤدي إلى إخراج القرض عن موضوعه(2)؛ لأن القرض عقد إرفاق، وقربة، فالزيادة تخرجه من هذا النطاق إلى دائرة الاستغلال المحرم.

دليل أصحاب الرأي الثاني:

لم أجد دليلاً واضحاً على كراهية الزيادة في العدد بدون شرط عند من قال بهذا الرأي، ولكني أستطيع القول : بأنهم نظروا بعين التحرز ، والاحتياط ، وخصوصاً عندما يكون الأمر متعلقاً بالقروض المالية ؛ وذلك خشية الاقتراب من شبهة الحرام ، وهذا يعد من باب التورع في مجال التعامل بالمال مع الآخرين بطريق القرض .

الرأي المختار: بعد عرض آراء الفقهاء في المسألة ،وسوق الأدلة التي استدلوا بها ، فإنني أميل إلى ترجيح رأي الجمهور ، والذي يقضي بجواز وفاء المستقرض أكثر مما اقترض ، أو أجود منه في الصفات ، وذلك إذا لم يكن هناك شرط سابق ينص على الزيادة ، هذا وقد تم ترجيح رأي الجمهور؛ لما يأتي1- إن أدلة الجمهور أقوى، بحيث ظهرت دلالتها بشكل واضح في الدلالة على المقصود ، 2-إن الحرمة تثبت إذا كان هناك شرط عند بداية العقد على الزيادة في العدد ، أو الجودة في الصفة ، أما إذا لم يكن هناك شرط ، فإن الزيادة في هذه الحالة تصبح من باب مقابلة الإحسان بالإحسان ، وهذا أمر يؤدي إلى استمرار حبل التعاون ، والمودة بين أفراد المجتمع الإسلامي .

وبالنسبة لقول بعض المالكية بكراهة الزيادة في العدد إذا لم يكن هناك شرط ، فمع أنني لم أجد دليلاً يدعم هذا الرأي ، فإني قمت بتعليل رأيهم من خلال فهمي لواقع هذا الرأي إلا أنني أستطيع القول : بأن هذا الرأي لا يقوى على الوقوف أمام الرأي الأول ، والذي ظهرت قوته من خلال أدلته ، وخصوصاً أن الربا ، أوشبهته منتفية في هذه الصورة من التعامل ، ما دام أن المستقرض سيؤدي القرض الثابت في ذمته ، ويدفع زيادة على ذلك من ذات نفسه بدون شرط سابق

(1) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 118.

(2)الشيرازي ، المهذب، ج2، ص 84، البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 317.

المطلب الرابع: حكم الضمان في حال إقراض الصبي:

من المعروف أن الصبي لا يتصرف إلا بإذن وليه؛ لأن تصرفه قد يعود عليه بالضرر، ولذا فإن الولي المسؤول عن إدارة شؤون الصبي هو الذي يتصرف له بما يعود عليه بالمصلحة، فهو الذي يتصرف بأمواله بيعاً، وشراء، بما يحقق النفع للصبي، ويبعد عنه كل ما من شأنه إلحاق الضرر به.

وبناءً على ذلك إذا أقرض شخص ماله لصبي، فتلف المال تحت يد الصبي، فهل يضمن الصبي المال الذي تلف بيده، هذا ما سيظهر من خلال عرض آراء الفقهاء في المسألة.

الرأي الأول: لا يضمن الصبي مال القرض إذا تلف، أو أتلف تحت يده، إذا كان صاحب المال هو الذي أقدم على إقراض ماله للصبي، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن من الحنفية[1]. والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

الرأي الثاني: يضمن الصبي مال القرض إذا استهلكه، وهذا ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية[5].

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بعدم ضمان الصبي لمال القرض، إذا أقدم صاحب المال على إقراضه، ومن ثم تلف المال ،أو أتلف، بعدد من الأدلة ،وهي:

أولاً: أن صاحب المال، هو الذي سلط الصبي على ماله برضاه، ولا سيما أن الصبي محجور عليه، أي: ممنوع من التصرف، فالمقرض هو الذي يتحمل النتيجة[6].

ثانياً: أن المقرض، أي: صاحب المال، هو الذي ضيع ماله عندما أقدم على إقراضه للصبي الممنوع من التصرف[7].

ثالثاً: إذا ضمن الصبي المال الذي أقرض له، فهذا يعني بطلان فائدة الحجر عليه[8]؛ لأن ضمانه يعني: أنه أصبح مسؤولاً عن تصرفاته،والأمر ليس كذلك ،فما دام أنه لم يصل سن البلوغ،

(1) السرخسي، المبسوط، ج24، ص 178، ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 393.
(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص 481، الصاوي، بلغة المسالك، ج3، ص 243.
(3) الرملي، نهاية المحتاج، ج3، ص 386، الأنصاري، أسنى المطالب، ج4، ص 13.
(4) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 442، ابن قدامة، المغني، ج4، ص 521.
(5) ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 393.
(6) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 442، المرداوي، الإنصاف، ج5، ص 319.
(7) الرملي، نهاية المحتاج، ج3، ص 386، الأنصاري، أسنى المطالب، ج4، ص 13.
(8) الدسوقي، حاشية، الدسوقي، ج4، ص 481.

فإن الوصي هو الذي يقرر ما يجوز للصبي من التصرفات ، وما لا يجوز ، وذلك بما يحقق المصلحة للصبي ، مما يعني أنه لا ضمان عليه في هذه الصورة

أدلة أصحاب الرأي الثاني :

أحتج القائلون بتضمين الصبي لمال القرض إذا استهلكه بالأدلة الآتية :

أولاً : أن الصبي إذا استهلك مال القرض، فإنه يضمن؛ لأنه بمنزلة الوديعة [1]، فإذا تلفت عند المودع بالاستهلاك، فإنه يضمن، وكذلك الأمر بالنسبة للقرض.

ثانياً:أنه ضمان فعل ، وهو من أهل التزام الفعل ، وخصوصاً أن الصبي مؤاخذ بأفعاله، فيضمن ما أتلفه من مال الغير [2].

الرأي المختار في مسألة قيام الغير بإقراض ماله للصبي:

بعد عرض الآراء في المسألة، وسوق الأدلة التي احتج بها كل فريق، فإنني أميل إلى ما ذهب إليه الجمهور بعدم تضمين الصبي لمال القرض، في حال إقدام صاحب المال على دفع ماله للصبي بطريق القرض؛ وذلك لقوة الأدلة التي احتج بها المانعون من الضمان، ومن جهة أخرى، فإن صاحب المال هو الذي سلط الصبي على ماله، وخصوصاً إذا عرفنا أن تصرفاته متوقفة على إجازة الوصي، باعتباره مسؤولاً عنه في كل ما يصدر عنه، ولا سيما التصرفات المالية، فله منعه من أي تصرف يؤدي إلى الإضرار به، وقيامه بالاقتراض من الغير لا يكون فيه مصلحة له في كثير من الأحيان، فعندها يكون صاحب المال هو المتسبب بضياع ماله؛ لأنه أقرض ماله لمن هو ممنوع من التصرف إلا بإذن من الوصي.

أما بالنسبة للأدلة التي استدل بها القائلون بتضمين الصبي فيمكن أن يجاب عنها بما يأتي :

أولاً : بالنسبة لاستدلالهم بتضمين الصبي مال القرض ؛لأنه بمنزلة الوديعة إذا استهلكت ، نوقش هذا الدليل بأنه يوجد فارق بين الوديعة ، والقرض ، فصاحب الوديعة لم يسلط الصبي على إتلافها ، لكنه استحفظه إياها، فإذا أتلفها فإنه يضمن [3]، بخلاف الإقراض للصبي ، فإنه يعد إتلافاً للمال من قبل صاحبه .

ثانياً: بالنسبة لاستدلالهم بكون الضمان في هذه الحالة يعد ضمان فعل ، والصبي من أهل التزام الفعل ، فهذا صحيح ، ولكن الصبي يضمن مال الغير في حال إقدامه على اتلافه من ذات

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 393.

(2) ابن عابدين، رد المحتار،ج 9 ، ص 203.

(3)المطيعي ، تكملة المجموع ، ج15، ص9، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج3، ص 103.

نفسه بدون تسليط من صاحب المال ، أما في حال إقراض المال للصبي ، فإن المقرض هــو الذي تسبب بضياع ماله عندما سلط الصبي عليه ، بإرادته ، واختياره ، وعليه فإن صاحب المال يتحمل نتيجة فعله[1]؛ لهذا كله ، فإنني ملت لترجيح الرأي الذي يقضي بعــدم تــضمين الصبي في المسألة المعروضة للبحث .

ومع أنني ذهبت إلى ترجيح القول بعدم تضمين الصبي لما اقترضه من الغير، إلا أن هناك حالة استثنائية، والتي تقضي بوجوب ضمان الصبي لما اقترضه من غيره ، وذلك إذا اقترض مالاً، وصرفه فيما لا بد له منه، وكان للصبي مال، فإن صاحب القرض يرجع على الصبي في هذه الحالة بالأقل مما أتلف من ماله.

فإذا اقترض الصبي لصيانة ماله، فالمقرض يرجع عليه بالأقل مما صان به مالــه، فــإذا صون بالعشرة خمسة عشر، غرم العشرة، وإذا صون بها ثمانية، فإنه يغرم ثمانية.

وهذا الحكم تمت استفادته من العبارة الواردة عند المالكية ونصها: "فالأقل يغرمه في مالــه الذي صونه، إن كان له مال وقت الإتلاف، وبقي لوقت الحكم وإلا فلا غرم عليه، ولو استفاد مــالاً بعد الإتلاف فلا رجوع عليه"[2].

المطلب الخامس: حكم الضمان في حال إقراض الوصي من الصغير:

من المعلوم أن تصرف الوصي بمال الصغير منوط بالمصلحة؛ وبنــاءً علــى ذلــك، فــإن الوصي يتوجب عليه أن يضع مصلحة الموصى عليه نصب عينيه عند إدارته لأموالــه ،وتــصرفه بها، وقد يقوم الوصي بإقراض مال الصغير، أو جزء منه، فما حكم هذا التصرف؟ وهــل يــضمن الوصي مال الصغير إذا قام بإقراضه للغير؟

اتفق الفقهاء على جواز إقراض الوصي لمال الصغير إذا كانت هناك مصلحة ،أو ضــرورة لمثل هذا التصرف[3].

---

(1) البهوتي ، كشاف القناع ، ج3، ص 442.
(2) الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 243.
(3) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج7 ، ص39–40، البغدادي، مجمع الضمانات، ج2، ص 828. ابن عابدين، رد المحتار، ج8، ص 112، الخرشي، حاشية الخرشي، ج6، ص 243، الهيتمي، تحفــة المحتــاج، ج2، ص 209، الرافعي، الشرح الكبير، ج4، ص 430، البهوتي، كشاف القنــاع، ج3، ص 449، المــرداوي، الإنصاف، ج5، ص 328.

هذا وقد ذكر الفقهاء صوراً للضرورة التي تجيز للوصي إقراض مال الصغير، ومنها الخوف على مال الصغير من النهب، أو الحريق، أو الغرق، أو أن يكون حديثه خيراً من قديمه، كالحنطة، ونحوها فيقرضه؛ خوفاً عليه من السوس ،أو من أن تنقص قيمته.

هذا ومن خلال النظر في الصور التي ذكرها الفقهاء ، والتي تمثل أسبابًا ضرورية للحكم بجواز إقراض مال الصبي ، من خلال ذلك وجدت أن الحرص على مصلحة الصبي في حفظ ماله من الضياع هي التي دفعت الفقهاء للقول: بجواز إقراض ماله .

وقد شرط الفقهاء لجواز إقراض الوصي لمال الصغير أن يكون المستقرض مليئاً، ويجوز أن يأخذ الوصي من المستقرض رهناً؛ للتوثق من الوفاء بالدين[1].

إقراض مال الصغير في حال عدم الضرورة :

اتفق الفقهاء على عدم جواز إقراض الوصي لمال الصغير في حال عدم الضرورة[2]، واحتجوا بعدد من الأدلة لرأيهم، وهي:

أولاً: القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾[3].

وجه الدلالة:

الآية تدل على أن الوصي ينبغي أن يتصرف بمال الصغير على وجه الحظ له[4]، أي: بما يحقق له المصلحة في ماله، وإذا لم تكن هناك ضرورة للإقراض ، فهذا يعني أنه لا مصلحة تعود على الصغير ، وبالتالي لا يجوز إقراض ماله في هذه الحالة .

ثانياً: المعقول:

1- إن إقراض مال الصبي تبرع، والوصي لا يملك مال الصبي، فلا يصح له أن يتبرع به[5].

2- إقراض مال الصغير يؤدي إلى ضياعه، وذلك بأن يجحد المستقرض القرض على مر الزمان، وترد شهوده؛ لأن كل مستقرض غير مؤتمن، ولا كل شاهد مقبول[6].

---

(1) النووي ، روضة الطالبين ، ج3، ص 426، البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 449-450.
(2) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج8،ص112، الخرشي ، حاشية الخرشي، ج6، ص 243، الرافعي، العزيز شرح الوجيز " الشرح الكبير " ، ج4، ص430، البهوتي ، كشاف القناع ، ج3، ص449.
(3) سورة الأنعام، الآية، "152".
(4) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 447.
(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص 116، الهيتمي، تحفة المحتاج، ج2، ص208-209.
(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص 116.

3- إن تصرف الوصي منوط بالمصلحة؛ وبناءً على ذلك ،فعليه أن يفعل كل ما فيه خير لليتيم[1].

وبناءً على ما سبق، فإن الوصي إذا أقدم على إقراض مال الصغير، ولم تكن هناك ضرورة، ولا مصلحة لهذا التصرف، فإن الوصي يضمن ما أقرضه من مال الموصى عليه؛ وذلك لأن هذا التصرف يؤدي إلى إلحاق الضرر بالصغير، فما وجد الوصي إلا لتحقيق مصلحة الصغير في إدارته لأمواله.

وكيفية الضمان للمال الذي تم إقراضه، أنه إذا كان قائماً وجب رده، أما إذا تلف، أو أتلف، فإن الضمان يثبت في ذمة الطرفين الوصي، وهو المقرض لمال الصغير، والمستقرض، فإذا ضمن المستقرض لمال الصغير، فلا رجوع في هذه الحالة على الوصي؛ لأن المستقرض مجرد أن ثبتت له ملكية القرض، فإنه يضمن رده إلى صاحبه، بالمثل إن كان مثلياً، وإلا فالقيمة.

أما إذا غاب المستقرض لمال الصغير، أو أصبح معسراً لا قدرة له على الوفاء، فإن الضمان يثبت على الوصي أو الولي، باعتباره المتصرف بمال الصغير، والمضيع له بدون مصلحة، أو ضرورة.

وفي الزمن الحاضر توجد أنشطة اقتصادية متعددة يمكن استثمار أموال الصغير من خلالها، بما يعود بالنفع على الصغير بتنمية أمواله، بدل أن تبقى مجمدة، وهذا لا يتناقض مع مبدأ الإحسان، والمعروف للآخرين بطريق القرض؛ لأن المحتاج للقرض يجد أبواباً أخرى يطرقها، ومنها القروض الحسنة التي تقدمها المصارف الإسلامية لطلبة العلم المحتاجين ، ولمن يثبتون حاجتهم لتلك القروض ، وكذلك من خلال الأغنياء الذين يوجد لديهم الإحساس ، والشعور بحاجة الآخرين .

أما بالنسبة للصغير ، فإن حاله يتطلب أن ينظر إليه بعين المصلحة عند التصرف بأي شأن من شؤونه ، ولا سيما عند التصرف بماله ، فإن قصوره عن التصرف لحق نفسه استدعى أن يكون هناك وصي أو ولي يتولى الإشراف على شؤونه ، وإدارة ماله ،وليس من مصلحة الصغير إقدام الوصي على إقراض ماله ، وخصوصاً في الزمن الحاضر ، حيث توجد مشروعات متعددة يمكن استثمار أمواله من خلالها بما يعود عليه بالربح. أما بالنسبة لهاجس الخوف على أموال الصغير من التعرض للنهب ، أو الحريق ، أو غيرها ، فإنه منتف في الوقت الحاضر ؛ وذلك لوجود المصارف المالية التي تعنى بحفظ المال لأصحابه ،فما على الوصي إذا شغله موضوع حفظ مال الصغير إلا أن يتوجه إلى أحد هذه المصارف ، وخصوصاً المصارف الإسلامية ، وأن يقوم

(1) البغدادي، مجمع الضمانات، ج2، ص827 -828.

بإيداع المبلغ المالي الذي ينوي حفظه للصغير ، وبالنسبة للوصي له أن يجعل مال الصغير حساباً جارياً ، وبالتالي يكون إقراضاً وفيه مصلحة لحفظ مال الصغير، وله أن يجعله إيداعاً استثمارياً يعود على الصغير بالربح بطريق المضاربة ، هذا وقد ذكرت بأن يتوجه الوصي إلى أحد المصارف الإسلامية ؛ من أجل أن يبتعد بأموال الصغير عن التعامل المحرم ، فهو أمين عليها حفظاً، وإدارة ، وتنمية .

:

.

المطلب الأول:ضمان القرض في حال تغير قيمة النقود الاصطلاحية[1] "الفلوس"

إن التغير في قيمة النقود المعدنية ارتفاعا وانخفاضا يؤثر في الالتزامات الثابتة في ذمم الأفراد تجاه بعضهم البعض، فالإنسان عندما يكون مديناً لغيره، ومن ثم تتغير قيمة النقود بنقصان أو إلغاء، فهل يجوز للمدين أن يرد مثل ما ثبت في ذمته من الدين، أو يجب عليه أن يرد القيمة؟ هذا ما سأبينه – بمشيئة الله تعالى –من خلال عرض آراء الفقهاء في المسألة.

الرأي الأول: يجب على المدين أن يؤدي مثل النقود التي اقترضها دون زيادة، أو نقصان، وهذا ما ذهب إليه كل من أبي حنيفة، وأبي يوسف في قوله الأول [2]،والمالكية في المشهور[3]، والشافعية[4]، وجمهور الحنابلة[5].

الرأي الثاني: على المستقرض أن يؤدي قيمة الفلوس "النقود الاصطلاحية" التي تغيرت قيمتها في الرخص، أو الغلاء ،وهذا ما ذهب إليه أبو يوسف في قوله الثاني ،ومحمد بن الحسن[6]، وبعض المالكية[7]،والحنابلة في قول[8].

---

(1) النقود المعدنية " الجعلية " اصطلاحا: هي النقود المعدنية المأخوذة من غير الذهب والفضة، والتي اصطلح الناس على اتخاذها نقوداً بالعرف، أو القانون، وهي نوعان: النقود المغشوشة، وهي المتخذة من الذهب أو الفضة المخلوطة بالمعادن الرخيصة مثل النحاس، أو البرونز، والنوع الآخر، الفلوس وهي المتخذة من المعادن الرخيصة، مثل الحديد أو النحاس، عبد الحفيظ، هايل يوسف داود، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، القاهرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1، 1418– 1999، ص 256.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 518، ابن عابدين، رد المحتار، ج 7، ص 390، ابن عابدين ، رسائل ابن عابدين، تنبيه الرقود على مسائل النقود، بيروت –لبنان، دار إحياء التراث العربي ، ج2، ص61.

(3) الخرشي، حاشية الخرشي، ج5، ص 553، الدردير ، الشرح الصغير ، ج3، ص70، الزرقاني، شرح الزرقاني ،ج5، ص107.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 163.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 315، ابن مفلح ، المبدع ، ج4، ص95.

(6) ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 390، ابن مازة ، المحيط البرهاني ، ج7،ص128، ابن عابدين، رسائل ابن عابدين ، تنبيه الرقود على مسائل النقود، ج2، ص62.

(7) الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 70، الخرشي، حاشية الخرشي، ج5، ص 553.

(8) ابن مفلح، المبدع، ج4، ص 95.

الرأي الثالث: على المستقرض رد قيمة النقود في حال التغير الفاحش دون اليسير، وهذا ما ذهب إليه بعض المالكية(1).

وتوجد رواية عند المالكية أن المستقرض عليه أن يرد قيمة النقود في حال المماطلة في الوفاء(2).

الأدلة :

أدلة أصحاب الرأي الأول :

احتج القائلون بضمان المثل في حال تغير قيمة النقود الاصطلاحية بالأدلة الآتية:

أولاً: أن النقود الاصطلاحية "الفلوس" تعد من المثليات؛ وبناء على ذلك، فإن المستقرض يرد المثل سواء رخص السعر ،أو غلا ،أو كان بحاله(3).

ثانياً:أن صفة الثمنية لم تنعدم في حالة رخص النقود الاصطلاحية، أو غلائها، ولكنها تتغير بتغير رغبات الناس فيها، وهذا التغير لا اعتبار له، فالمستقرض يرد مثل ما اقترض من النقود ما دام أن صفة الثمنية لم تنعدم(4).

ومما يؤكد هذا الدليل ما ورد من القول عند صاحب المغني من الحنابلة: "وأما رخص السعر، فلا يمنع ردها سواء كان كثيرًا ،مثل إن كانت عشرة بدانق،أو قليلاً؛ لأنه لم يحدث فيها شيء إنما تغير السعر، فأشبه الحنطة إذا رخصت ،أو غلت"(5).

ثالثاً: أن رد القرض بالمثل، يعد أقرب الى حق المقرض من رد القيمة(6).

أدلة أصحاب الرأي الثاني

احتج القائلون بوجوب أداء القيمة عند تغير قيمة النقود الاصطلاحية بالأدلة الآتية:

أولاً: أن تغير قيمة النقود الاصطلاحية بالانخفاض، يعد عيباً، والنقود التي جرى فيها القرض، إذا تعيبت، لم يلزم المقرض بقبول مثلها عند الوفاء بالقرض ،ففي هذه الحالة يجب على المستقرض وفاء القرض بالقيمة لا بالمثل، ولاسيما أنها تعيبت في ملكه(7). وورد في المغني

---

(1) الزرقاني، شرح الزرقاني، ج5، ص107، الرهوني،محمد بن أحمد بن محمد ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ، بيروت ، دار الفكر ، ط1، 1398-1978 ، ج5، ص 121.

(2) الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 39، الزرقاني، شرح الزرقاني ،ج5، ص107.

(3) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 360.

(4) السرخسي، المبسوط، ج14، ص 30.

(5) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 360.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 163.

(7) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 360.

بما يخص هذه المسألة: "يقومها كم تساوي يوم أخذها، ثم يعطيه، سواء نقصت قيمتها قليلا، أو كثيرا"(1).

ثانياً: أن المستقرض عجز عن رد المثل عند تغير القيمة، فوجب عليه رد قيمتها(2).

ثالثاً: أن المثلية المطلوبة ليست المثلية الصورية فقط، بل إن المالية جزء من المثلية، فإن المالين يتماثلان إذا استوت قيمتهما، أما إذا اختلفت القيمة، فلا تماثل بينهما(3)، وبما أن التماثل ينتفي عند تغير القيمة، فلابد من اللجوء في هذه الحالة الى قيمة النقود الاصطلاحية عند الوفاء بالقرض؛ لأن ذلك أقرب الى حصول المرء على حقه بلا هضم، ولا ظلم.

دليل القائلين بوجوب القيمة عند التغير الفاحش:

يتمثل دليلهم باعتبار أن التغير الفاحش في قيمة النقود يعد ككسادها، وكساد النقود يعني بطلانها، وانقطاع التعامل بها، ففي هذه الحالة لا يستقيم الأمر بدفع مثل النقود(4)؛ لأن إلزام الدائن بقبول المثل في هذه الحالة يؤدي الى إلحاق الضرر به، ولا يخفى ما فيه من جور، وظلم محقق، بالإضافة إلى أن الغبن الفاحش، والضرر الفاحش ممنوعان في أبواب البيوع، والمعاملات.

وهذا التعليل لأخذ القيمة في حال التغير الفاحش هو ما أشار إليه الدكتور نزيه حماد في بحثه" تغيرات النقود والأحكام المتعلقة بها في الفقه الإسلامي[5]".

أدلة القائلين بالقيمة عند المماطلة

احتجوا بعدد من الأدلة من السنة، والمعقول، وهي:

أولاً: السنة

عن أبي هريرة– رضي الله عنه– قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مطل الغني ظلم"(6).

وجه الدلالة:

الحديث يدل على أن المطل في أداء الدين ظلم، فإذا ترتب على هذا الظلم ظلم آخر، يتمثل بتغير قيمة النقود، فإن الشريعة الإسلامية، والتي تدعو إلى رفع الظلم تأمر بدفع القيمة وليس المثل(7).

---

(1) المصدر السابق، ج4، ص 360.

(2) الكاساني، بدائع الضائع، ج6، ص 518.

(3) هايل عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، ص 272، نقلا عن النجدي، الدرر السنيةج5، ص 110.

(4) الزرقاني، شرح الزرقاني، ج5، ص 107.

(5) نزيه حماد، تغيرات النقود والأحكام المتعلقة بها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص 1678.

(6) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني رقم" 1564"،ج3، ص 969.

(7) عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، ص 303.

ثانياً: أن المدين المماطل يلحق الظلم، والضرر بالدائن، وذلك كمن عليه طعام، وامتنع ربه من أخذه حتى غلا، فليس لربه إلا قيمته يوم امتناعه[1].

الرأي المختار:

بعد عرض الآراء الفقهية في مسألة تغير القيمة الشرائية للنقود الاصطلاحية "الفلوس" بالرخص، أو الغلاء، فإنني أميل إلى ترجيح القول بأداء القيمة ؛لأن أدائها في مثل هذا الحالة يعد أعدل، وأنصف لأصحاب الحقوق في استيفاء حقوقهم من القول بأداء المثل، ولكن ذلك ليس على إطلاقه، فقد يكون التغير يسيرًا في قيمة النقود، فهذا لا أثر له عند أداء الدين الثابت في الذمة، وإنما يلجأ للقيمة عند التغير الفاحش في قيمة النقود؛ لأن هذا النوع من التغير هو الذي يظهر أثره عند أداء الالتزامات، والحقوق، الثابتة في الذمم، فالدائن يتأثر بشكل سلبي إذا نقصت القيمة، ومن ثم إذا أراد المدين أن يؤدي إليه مثل ما اقترض منه، أو ما ثبت في ذمته من دين بسبب بيع، أو غيره، فيصبح أداء الدين، أو القرض بالقيمة هو الطريق الأمثل لتحقيق التوازن، والعدالة بين الطرفين.

والبحث في هذه المسألة يعد مقدمة لبحث تغير قيمة النقود الورقية التي تم التعامل بها في الوقت الحاضر، وخصوصًا أن القيمة الشرائية لكل منهما تعد قيمة اصطلاحية، وليست ذاتية، كالذهب والفضة.

والنقود الورقية أصبحت هي النقد الأساسي في التعامل في الزمن الحاضر؛ ولذلك سأفرد الحديث عنها بمبحث مستقل، بينما النقود الاصطلاحية كان التعامل بها سابقاً، ولهذا أفردت كل نوع بمطلب مستقل .

المطلب الثاني: كيفية الضمان في حال تغير قيمة النقود الورقية.

النقود الورقية تعني: ما اتخذه الناس ثمنًا من الأوراق المطبوعة الصادرة عن المؤسسة المالية صاحبة الاختصاص في الدولة[2].

فقد تم التعامل بالنقود الورقية في الزمن الحاضر؛ ولذلك فإن التغير في قيمتها له أثره في التعامل الاقتصادي، والالتزامات القائمة بين الأفراد ؛ وبناءً على ذلك إذا اقترض شخص من آخر مبلغًا من المال ثم تغيرت قيمة النقود، فما الواجب في رد القرض في هذه الحالة؟ هل يجب على

(1) الصاوي، بلغة السالك، ج3، ص 39.
(2) قلعة جي، محمد رواس، الموسوعة الفقهية الميسرة، دار النفائس، ط1، 1421- 2000، ج2، ص 1903.

المستقرض رد مثل النقود التي اقترضها،أو أنه يجب عليه رد القيمة؟ هذا ما سأبينه- بمشيئة الله تعالى- من خلال عرض آراء العلماء المعاصرين في المسألة.

الرأي الأول: يجب على المستقرض أن يرد مثل ما اقترض من النقود، سواء أرتفعت قيمة النقود، أم انخفضت، وهذا ما ذهب إليه كل من الدكتور علي السالوس[1]، والدكتور الصديق الضرير[2]،والشيخ عبدالله بن سليمان المنيع[3]، ومجمع الفقه الإسلامي[4]، في دورته الخامسة

الرأي الثاني: على المستقرض أن يرد قيمة النقود الورقية، وهذا ما ذهب إليه كل من الدكتور محمد سليمان الأشقر[5]، والشيخ مصطفى الزرقا[6]، والدكتور عبد الله المنيع[7]، والدكتور نزيه حماد[8].

الأدلة

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون برد المثل عند تغير قيمة النقود الورقية بعدد من الأدلة من القرآن، والسنة.

أولاً : القرآن الكريم :

قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[9].

---

(1) السالوس، علي أحمد، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، بحث" اثر تغير قيمة النقد في الحقوق والالتزامات" الدوحة - قطر، دار الثقافة، ط1، 1416-1996، ج1، ص 537.

(2) نقلا عن، المنيع، عبد الله بن سليمان، بحوث في الاقتصاد الإسلامي:" حكم ربط الحقوق والالتزامات بالأسعار، بيروت- لبنان، المكتب الإسلامي، ط1 ،1416- 1996، ص 457.

(3) المنيع ، موقف الشريعة الاسلامية من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار ،مجلة البحوث الاسلامية ،العدد "22" ، 1408ه، ص 123.

(4) مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، الكويت، من 1-6 جمادى الأولى 1409هـ، 10-15 كانون الأول: ديسمبر 1988، ص 92.

(5) الأشقر، محمد سليمان، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة" النقود وتقلب قيمة العملة "، أحكام النقود الورقية، بحث قدم إلى الدورة الخامسة لمجمع الفقه الإسلامي - الكويت، 1-6، جمادى الأولى 1409ه- 10-15 كانون 1988. " عمان - الأردن، دار النفائس، ط1، 1418- 1998، ج1، ص 290.

(6) الزرقا، أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية، تنسيق ومراجعة عبد الستار أبو غدة، دمشق، دار القلم، ط2، 1409- 1989، ص 174.

(7) المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص 456.ورأي المنيع بالقيمة إنما يكون في حالات استثنائية منها: إذا كان انخفاض القيمة فاحشاً ، وفي حال كون المدين غنياً وحصلت منه المماطلة حتى تغيرت الأسعار، المنيع ، موقف الشريعة من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار ، العدد"22" ص124-127.

(8) حماد، نزيه، تغيرات النقود والأحكام المتعلقة بها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث ، الدورة الثالثة، 1408هـ- 1987، ص 1677.

(9) سورة المائدة، الآية" 1".

وجه الدلالة:

الآية الكريمة تأمر بالوفاء بالعقود، والوفاء يتحقق برد المثل لا القيمة؛ وذلك لأن أداء المثل هو الذي يحقق العدالة بين المتعاوضين، وهو أقرب إلى الملتزم به[1].

ثانياً: السنة:

عن أبي سعيد الخدري- رضي الله عنه- قال رسول الله-صلى الله عليه وسلم-: "لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا* بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز"[2].

وجه الدلالة:

الحديث يدل على وجوب التزام التماثل بدون زيادة، أو نقصان، وذلك عند تبادل الأثمان[3]، وبما أن النقود الورقية المعاصرة تعد ثمنًا للأشياء ،فالأصل أن تؤدى بمثلها عند الوفاء بالقرض.

ثالثاً: عن ابن عمر – رضي الله عنهما- قال: "كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، فأتيت النبي – صلى الله عليه وسلم- في بيت حفصة فقلت :يا رسول الله إني أريد أن أسألك ، إني أبيع الإبل بالبقيع ، فأبيع بالدنانير ، وآخذ الدراهم، فقال: "لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء"[4].

وجه الدلالة:

الحديث يعد أصلاً في أن الدين يؤدى بمثله لا بقيمته ، حيث يؤدى عند تعذر المثل بما يقوم مقامه، وهو سعر الصرف يوم الأداء ،لا يوم ثبوت الدين [5].

---

(1) عبد الحفيظ، هايل يوسف، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، ص 282.

*لا تشفوا ، أي : لا تفضلوا ، ويطلق أيضاً على النقصان ، فهو من الأضداد ، يقال شف الدرهم بفتح الشين ، يشف بكسرها، إذا زاد وإذا نقص ، النووي ، شرح صحيح مسلم ، بيروت- لبنان، دار المعرفة، ط5 ، 1419ه-1998م، ج11، ص12.

(2) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الربا، رقم الحديث "1584"، ج3، ص 979.

(3) السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، ج1، ص 505.

(4) النسائي، سنن النسائي، عناية : عبد الفتاح أبو غدة ، بيروت- لبنان، دار البشائر الإسلامية ، ط2، 1406-1986، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب ، وبيع الذهب بالفضة، رقم الحديث "4582"، ج7، ص 282. الحديث : صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، الحاكم ، المستدرك على الصحيحين ، رقم " 2332"،ج2 ، ص 175.

(5) ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 390، الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 70،السالوس، الإقتصاد الإسلامي ، ج1،ص510.

رابعاً:أن المذهب عند الجمهور أداء القروض بأمثالها إذا كان القرض مثليًا، بغض النظر عن ارتفاع قيمة النقود، أو انخفاضها، وبما أن النقود من المثليات ،فإنها تؤدى بالمثل عند الوفاء[1].

خامساً: ورد في القانون المدني إذا كان الشيء المقترض مبلغًا من النقود ،فلا يلتزم االمستقرض أن يرد للمقرض إلا مقدارًا من النقود يعادل في عدده المقدار الذي اقترضه دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود، أو انخفاضها أثر[2].

أدلة أصحاب الرأي الثاني

احتج القائلون برد قيمة النقود الورقية بعدد من الأدلة من القرآن، والسنة، والمعقول.

أولاً: القرآن الكريم:

1-قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[3].

وجه الدلالة:

الآية الكريمة أمرت بالوفاء بالعقود، والوفاء الحقيقي إنما يكون بأداء القيمة ،وهذا هو الطريق الذي يحقق العدالة، حيث إن التغير في القيمة يؤدي إلى خلل في التساوي بين العوضين، والقول بالمثل عند تغير القيمة، يؤدي إلى إلحاق الظلم بأحد طرفي العقد، واستفادة الطرف الآخر، وهذا ظلم واضح؛ لأنه يؤدي إلى إنقاص الناس حقوقهم، والشريعة لم تشرع العقود لتكون أسباباً مفضية لإيقاع الناس في الظلم من جراء تنفيذها في ظرف طرأ ، فأثر على قيمة الالتزام تأثيراً بيناً[4].

2- قال تعالى: ﴿ وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ ﴾[5].

وجه الدلالة:

إذا تم رد مثل النقود التي ثبتت في الذمة، بعد تغير قيمتها ،فإن ذلك سيؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل[6]، وبالتالي فإن السبيل للخروج من هذا الباب، إنما يكمن بأداء قيمة النقود التي تم

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص 163، البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 315.

(2) السنهوري، أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت- لبنان، دار إحياء التراث العربي، المادة "538"، ج5، ص 473.

(3) سورة المائدة، الآية:" 1".

(4) ابن تيمية، الفتاوى، ج30، ص 266، عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، ص 290-291، الدريني ، محمد فتحي، النظريات الفقهية ، مطبعة خالد بن الوليد ،1402-1982، ص158-159.

(5) سورة البقرة، الآية:" 188".

(6) عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، ص 291، الدريني ، النظريات الفقهية ، ص163.

اقتراضها، وهذا بدوره يساهم في رد الحقوق إلى أصحابها، وتحقيق مبدأ التوازن، والعدالة في مجال التبادل المالي.

3-قال تعالى : " ولا تبخسوا الناس أشياءهم " [1]

وجه الدلالة : إن رد المثل بعد تغير قيمة النقود يؤدي إلى انقاص الناس حقوقهم ، وهذا بدوره يعد أكلاً لأموال الناس بالباطل .

ثانياً: السنة:

عن ابن عباس -رضي الله عنهما - قال، قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "لا ضرر ولا ضرار"[2].

وجه الدلالة:

إن القول بعدم أداء القيمة يؤدي إلى إلحاق الضرر بأحد المتعاقدين ،واللجوء إلى القيمة فيه جبر للضرر، ولاسيما أن ارتفاع قيمة النقود، وانخفاضها عيبان يلحقان بالنقود، ويرتبان ضررًا يلحق بأحد المتعاقدين[3].

ثالثاً: القول برد القيمة فيه تحقيق لمبدأ الرضا في العقود، ورفع الظلم ،ويقضي على مشكلة الإخلال بالديون، ولاسيما أن المتعاقدين رضيا الوفاء بالمثل عند التعاقد، ولكن حصل تغير طارئ على قيمة النقود، مما جعل الوفاء بالمثل لا يحقق العدالة، ويؤدي إلى ضرر أحد المتعاقدين، فهنا لابد من اللجوء للقيمة باعتبارها السبيل المحقق لرضا الطرفين، وبالتالي رد الحقوق إلى أصحابها بلا هضم، ولا ظلم[4].

رابعاً: أن معنى القيمية في النقود الورقية أقوى من المثلية، وذلك أن النقود الورقية ليس لها قوة ذاتية، خصوصا أنها ورقة تخول صاحبها، أو حاملها حقاً على الناتج من السلع، والخدمات ؛ وبناء على ذلك، فإن معنى القيمة يغلب فيها على معنى المثلية، ومن المعلوم أن القيمي يسدد بالقيمة لا بالمثل[5].

---

(1) سورة الشعراء، الآية 183 .

(2) سبق تخريجه ص72.

(3) عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، ص 293، نقلا عن النشمي. تغير قيمة العملة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،ع5، ج3، ص 1663.

(4) ابن تيمية، الفتاوي، ج30، ص 266، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 174.

(5) عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، ص 302، نقلا عن العمر، تغير النقود الائتمانية ، ص31 .

مناقشة الأدلة

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول.

ناقش القائلون بوجوب أداء القيمة أدلة القائلين بأداء المثل بما يأتي :

أولاً: بالنسبة لاستدلالهم بالآيات الآمرة بالوفاء بالعقود، فالمطلوب هو الوفاء الحقيقي لا الشكلي، والوفاء الحقيقي عند تغير قيمة النقود ،إنما يكون بأداء القيمة التي التزمها لا العدد، وخصوصًا أن الفائدة في القيمة، ولو قام المستقرض بأداء المثل بعد أن تغيرت قيمة النقود، فإن الظلم سوف يقع على الدائن ،ولا سيما إذا كان التغير بالانخفاض[1].

ثانياً: بالنسبة لاستدلالهم بالأحاديث النبوية الآمرة بأداء المثل عند تبادل الأثمان، أجيب عن ذلك بأنها تتحدث عن النقود الذهبية، والفضية التي كانت متداولة في ذلك الزمان، والنبي- صلى الله عليه وسلم- قصد حفظها من التذبذب ،والتغير في قيمتها؛ حتى تبقى معيارًا للتثمين، والقيمة، وهذا لا ينطبق على النقود الورقية المعاصرة، ومن هنا ،فإن كثيرًا من الفقهاء ذهبوا إلى القول: بالقيمة عند تغير قيمة النقود الاصطلاحية[2].

ثالثاً: بالنسبة لاستدلالهم بحديث ابن عمر ،فقد قال ابن حزم: بأن الحديث لا حجة فيه لعدة وجوه، وهي:

1- أن فيه سماك بن حرب، وهو ضعيف يقبل التلقين شهد عليه بذلك شعبة ، وأنه كان يقول له : حدثك فلان عن فلان ؟ فيقول : نعم ، فيما سئل عنه .

2-أنه لو صح لهم كما يريدون لكانوا مخالفين له ؛لأنه فيه اشتراط أخذها بسعر يومها ،وهم يجيزون أخذها بغير سعر يومها ، فقد أطرحوا ما يحتجون به .

3- أن هذا الخبر جاء في البيع ، فمن أين أجازوه في القرض[3] ؟

ومن جهة أخرى، فإن ابن عمر عندما كان يؤدي التزامه، فقد كان يؤديه من جنس آخر، فإذا كان التزامه ذهبًا، فانه يؤديه من الفضة، والعكس ،أي: يؤدي الذهب إذا كان التزامه فضة.

أما بالنسبة لسعر اليوم الذي أمره النبي -صلى الله عليه وسلم- أن يؤدى به، فهذا لا يعد دليلاً على المثلية، بل يمكن أن يستدل به على القيمة؛ والسبب في ذلك أن الصرف قد يكون اختلف يوم الوفاء، فعندها تكون القيمة من الجنس الآخر أكثر ،أو أقل مما كانت عليه عند العقد[1].

---

(1) الحاج، أحمد أسعد محمود، نظرية القرض في الفقه الإسلامي، عمان- دار النفائس ط1، 1428- 2008، ص 278- 279، عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، ص 309.

(2) الحاج، نظرية القرض، ص 279، عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، ص 310.

(3) ابن حزم ، المحلى ، ج9، ص266.

رابعاً: أما استدلالهم بمذهب الجمهور في أداء المثل، فهذا صحيح، ولكن عند النظر في بطون المصنفات الفقهية وجدت عددًا من الفقهاء خالف ذلك، وذهب إلى القول: بأداء القيمة لا المثل[2].

خامساً: بالنسبة لاستدلالهم بالقوانين الوضعية، والتي تقتضي الرد بالمثل، فيجاب عن ذلك، بأن الشريعة الإسلامية التي أوحى الله تعالى بها، وكل حكم فيها يدعو إلى العدل، ورفع الظلم، لا يعقل أن تكون تبعا لغيرها، ولا أن يحكم عليها من خلال قوانين وضعية خطت بأيد بشرية[3].

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني

ناقش القائلون بوجوب أداء المثل أدلة القائلين بالقيمة بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لاستدلالهم بقوله تعالى :﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ﴾ ،نوقش بأنه ليس في الآية دليل على المقصود ، فإذا جرى عقد بين طرفين، استلزم ذلك العقد حقاً لأحدهما على الآخر ،فهل من الوفاء بالعقد أن يرتب على الملتزم بالحق للملتزم له به زيادة ،أو نقص؟ لا شك أن الوفاء بالعقد يعني تأدية ما يقتضيه العقد دون زيادة ، أو نقص، إلا فيما تراضيا عليه مما لا محذور في اعتباره شرعاً[4].

ثانياً: بالنسبة لاستدلالهم بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ ،نوقش بأن أداء المثل ليس فيه أكل لمال الآخرين بالباطل ، وخصوصاً أن الحق إذا تعين مقداره ، فالأصل الوفاء به قدراً ، ونوعاً، وصفة ، وأصلاً ، بل إن القول بالقيمة هو الذي يؤدي إلى أكل مال الناس بالباطل، وذلك من خلال الزيادة التي يتحملها المستقرض نتيجة تغير القيمة ، ولا سيما في حال انخفاضها[5] .

ثالثاً :بالنسبة لاستدلالهم بحديث : " لا ضرر ولا ضرار " أجيب عنه بأن الضرر لا يزال بالضرر، وأن الظلم لا يزال بظلم ، فطالما أن المدين لم يكن له سبب في انخفاض قيمة ما التزم به ، والمسعر هو الله تعالى ، وما دام أن الحق مثلي وفي الذمة ، وهو معلوم القدر، والصفة ، فإن الزيادة في قدره، وطبقاً لتغير الأسعار ظلم محقق في حق من التزم به ، وضرر بالغ

---

(1) عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، ص 311.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص 390، الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 70، ابن مفلح، المبدع، ج4، ص 95.

(3) عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، ص 317.

(4) المنيع، موقف الشريعة الإسلامية من ربط الحقوق والالتزامات بمستوى الأسعار ، مجلة البحوث الإسلامية ، العدد "22"، 1408 ه، ص 136.

(5) المصدر السابق ، ص 135 – 136.

عليه ، ما دام أنه لم يكن له سبب في انخفاض القيمة. فإن القول بأداء القيمة عند تغير الأسعار يؤدي إلى إلحاق الضرر المحقق بأحدهما ، وفيه ظلم من أحدهما على الآخر[1].

رابعاً: القول برد القيمة يؤدي إلى الوقوع في الربا[2]، لأنه قد يتفق الطرفان على التأخير مقابل الزيادة ،فكان القول بالمثل من باب سد الذريعة[3]، أي : سداً لذريعة الوقوع في الربا.

خامساً: القول بالقيمة يؤدي إلى الغرر، حيث إن العقود المشروعة لا تشتمل على جهالة تؤدي إلى الخلاف، والنزاع، ورد النقود الورقية بالقيمة يفضي إلى الغرر، ومن ثم يؤدي إلى وقوع الخلاف بين المقرض، والمستقرض، فهذا لا يدري ماذا سيأخذ، والآخر بماذا سيطالب، وسيجهلان المقدار الذي بناء عليه يتم حسم الخلاف عند الزيادة، أو النقصان[4].

سادساً: أن القرض يعد إرفاقا من المقرض للمستقرض، وهو ينتظر الأجر، والثواب حتى لو انخفضت قيمة النقود، فإن الأجر يبقى أعظم[5].

سابعاً: القول بوجوب القيمة عند تغير قيمة النقود يعني وجوبها في جميع الحقوق، والالتزامات، وليس في بعضها دون البعض الآخر، وإلا كان الأمر تحايلاً للتعامل بالربا[6].

ثامناً: أن القول بالقيمة عند انخفاض قيمة النقد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمستقرض، أكثر من تضرره بالمراباة مع المرابين[7]،

وتم الرد على ذلك: بأن المثلية الشكلية لا اعتبار لها، إذا تخلفت عنها المثلية الجوهرية ،وذلك أن النقود لا تقصد لذاتها، وإنما يقصد منها ما تحققه من قوة شرائية[8].

تاسعاً: ورد عند جمهور الفقهاء وجوب رد المثل في المثليات، والنقود من المثليات، فتقضى بمثلها، وحتى عندما تتغير قيمتها ،فإن ماليتها لا تبطل، فلا مسوغ للقول بالقيمة[9].

عاشراً: أن زيادة التضخم تعني: انخفاض قيمة النقود، وهذه الزيادة تفوق ما تحققه البنوك الإسلامية من أرباح، فلو أن القرض يرد بقيمته ،فلا حاجة عندها للاستثمار، ويكفي في هذه الحالة أن

---

(1) المصدر السابق ، ص 134.
(2) المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص 456، نقلا عن ص 4 من بحث الصديق الضرير.
(3) عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، ص 317.
(4) السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، ص 539- 540.
(5) المصدر السابق، ص 542.
(6) المصدر السابق، ص 541.
7 المنيع ،بحوث في الاقتصاد الإسلامي ، ص457.
(8) المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص 457.
(9) انظر ،ص194.

تعطي الأموال لمقترض يحتفظ بقيمة القرض، ويتحمل زيادة التضخم التي تصل أحيانًا إلــى مئات في المئة[1].

مناقشة أدلة القائلين بالقيمة عند المماطلة

أولاً: بالنسبة لاستدلالهم بحديث: "مطل الغني ظلم"، فالحديث لا يدل على ما ذهبوا إليه من وجــوب القيمة عند المماطلة، وإنما يدل على أن المماطلة في أداء الدين ظلم، فليس اللجوء إلى القيمة عقوبة للظالم، بل عقوبته تتمثل بالضرب، والحبس، والتعزير، أما في حالة أخذ الدائن أكثــر من حقه ،فإن ذلك يدخله في باب الربا[2]، وهو محرم شرعا.

ثانياً: أن القياس على امتناع رب الطعام من أخذ طعامه ،ومن ثم فله القيمة، قياس مع الفارق؛ لأن رب الطعام هو الذي تسبب بهلاك طعامه، بخلاف الأمر هنا، فإن المدين هو المماطل.

الرأي المختار في المسألة :

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة تغير قيمة النقود الورقية، وسوق الأدلة التي احتج بها كل فريق لدعم رأيه، ومناقشتها، فإنني أميل إلى ترجيح رأي القائلين برد مثل النقود عند تغير قيمتهــا، بالارتفاع، أو الانخفاض، وهذا الترجيح ليس على إطلاقه، ولكنه مضبوط بعــدد مــن المعــايير ، والضوابط ، ومن ذلك:

أولاً:أن الوفاء يكون بالمثل إذا كان التغير في قيمة النقود يسيراً ، وليس تغيراً فاحشاً بحيث يــؤدي إلى الإضرار بأصحاب الحقوق ، ومما جعلني أقول بهذا الضابط لأداء المثل أن الهدف فــي الدرجة الأولى من الإقراض، إنما يتمثل بالحصول على الأجر ، والثواب ؛ وبناءً على ذلك، فإن المقرض يتحمل النقص اليسير في حقه ما دام أنه سيحصل على ما هو أعظم من المال .

ثانياً:أن الالتزام بالحق يعني أنه ثبت في الذمة قدراً ، ونوعاً ، وصفة ، فمقتضى العقد يوجــب أن هذا الحق لا يجوز أن يتغير بزيادة، ولا بنقصان ، إلا باتفــاق طرفيــه طبقــاً للمقتــضيات الشرعية ، وأن أي محاولة للتدخل في تغيير الإلتزام بدون إرادة طرفي العقد يعنــي ترتــب مظالم على الذمم المختصة بهذا الالتزام ، فالمنتفع بهذا التغيير ظالم ، والمتضرر به مظلوم ، ومحتوى الإلتزام متغير إلى ما يمكن أن يعد من ضروب الربا ، أو من أكل أمــوال النــاس بالباطل،أو من القروض التي تجر نفعاً.

(1) السالوس، الاقتصاد الإسلامي، ص 541- 542.
(2) عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، ص 319- 320.

ثالثاً: يكون الوفاء بمثل النقود التي هي محل القرض إذا لم يكن المستقرض سبباً في نقص قيمتها، وذلك من خلال مماطلته في الوفاء بالقرض حتى تغيرت قيمة النقود ، ومن ثم لحق الضرر بصاحب الحق[1] .

رابعاً: أن القول بأداء القيمة يفتح الباب على مصراعيه للبنوك التي تقوم معاملاتها على الربا ، فتجد في القول بالقيمة مسوغاً قوياً ؛ لدعم أنشطتها ، فتعمل على زيادة قروضها الربوية التي من شأنها أكل أموال الناس بالباطل ، وكذلك تضاعف من نشاطاتها الربوية[2].

هذه هي الضوابط التي استندت إليها عند القول : بأن الأصل رد مثل النقود التي تم اقتراضها ، ولكن هذا الترجيح ليس على إطلاقه كما ذكرت سابقاً ؛ لأن هناك حالات تستدعي القول بأداء قيمة النقود التي هي محل القرض ؛ ولذلك فإنني بعد أن رجحت بأن الأصل أن يكون الوفاء بالمثل بناءً على الضوابط السابقة ، ارتأيت ترجيح القول بأداء القيمة ، وذلك استثناءً من الأصل المتمثل بأداء المثل ، وبما أن القول بأداء القيمة جاء استثناءً من الأصل ، فإنه لا بد أن تكون هناك جملة من الضوابط يعتد بها ؛ لأن موضوع التعامل بالنقود ليس سهلاً، فقد يقع المرء في لوثة الربا من حيث لا يدري.

ضوابط القول بأداء قيمة النقود الورقية عند الوفاء بالقرض

أولاً : إذا كان التغير في قيمة النقود تغيراً فاحشاً.

ثانياً: إذا كان الملتزم بالحق حال الأداء غنياً ، وأخذ يماطل صاحب الحق حتى تغيرت الأسعار ، وبالتالي انخفضت قيمة النقود الشرائية[3] ؛وبناءً على الضوابط السابقة ، فإنني أميل إلى ترجيح القول برد قيمة النقود بعد أن تغيرت قيمتها الشرائية لما يأتي :

أولاً:أن القضاء برد قيمة النقود التي ثبتت في ذمة المستقرض يعد أقرب للعدل، وإيصال الحقوق إلى أصحابها؛ لأن النقود لم تبق على ما هي عليه سابقاً، خصوصًا بعد أن تغيرت قيمتها تغيراً فاحشاً .

ثانياً: أن الأخذ برأي من يقول بالمثل عند تغير قيمة النقود الورقية، وانخفاضها بشكل واضح للعيان يؤدي إلى إلحاق الظلم بأحد الطرفين، والشريعة الإسلامية ما جاءت إلا لرفع الظلم، والضرر

(1) المنيع ، ربط الحقوق والإلتزامات بمستوى الأسعار ، مجلة البحوث الإسلامية ، ص 119 – 127.
(2) المنيع ، ربط الحقوق والإلتزامات بمستوى الأسعار ، مجلة البحوث الإسلامية ، ص 124 .
(3) المنيع ، ربط الحقوق والالتزامات بمستوى الأسعار ، مجلة البحوث الإسلامية ، ص 124-127.

عن العباد، ومن القواعد الشرعية المقررة في هذا المجال: "لا ضرر ولا ضرار". و "الضرر يزال".

وبيان صورة الظلم في هذه الحالة، أنه في حالة نقصان قيمة النقود بشكل كبير ، يتضرر الدائن إذا ألزم بقبول مثل ما أقرضه.

ومثال ذلك: ما حصل في العراق بعد الحرب من قبل الغرب، فإن النقود العراقية انخفضت قيمتها انخفاضاً كبيراً جداً ؛ نتيجة لهذا الغزو الظالم ،فلو أن شخصًا كان قد أقرض آخر ألف دينار، أو كان الآخر مدينًا له بهذا المبلغ بقرض، أو بغيره، ومن ثم انخفضت قيمة النقود، فالمبلغ المذكور بعد انخفاض قيمته تصبح قيمته الشرائية أقل بكثيرمما سبق، وخصوصاً أن الدينار العراقي كان يساوي قبل الحرب ثلاثة دولارات وثلث ، وبعد الحرب صار الدولار يساوي أكثر من ثلاثة آلاف دينار عراقي ، فإذا ألزم الدائن بقبول مثل المبلغ الذي كان ثابتًا في ذمة المدين، فهذا يعني أنه تقاضى أقل من حقه، وهذا يعد من باب بخس الناس حقوقهم وأكلها بالباطل، وهو محرم شرعا، هذا بالنسبة للدائن، أما المدين، فإن الظلم يلحق به في حال إجباره على أداء المثل إذا تغيرت قيمة النقود بالارتفاع، ففي هذه الحالة سيؤدي أكثر مما اقترض، أو ثبت في ذمته، فكان القول بأداء القيمة هو الطريق الأمثل؛ لتحقيق التوازن بين الطرفين.

وهذا ما أكده الدكتور نزيه حماد في بحثه: "تغير النقود والأحكام المتعلقة بها في الفقه الإسلامي"، حيث إنه ذهب إلى ترجيح القول بأداء القرض بالقيمة عند تغير قيمة النقود؛ وذلك لاعتبارين:

أولاً: أن هذا الرأي، أي: أداء القيمة، هو الأقرب للعدالة، والإنصاف، فإن المالين إنما يتماثلان إذا استوت قيمتهما، وأما مع اختلاف القيمة، فلا تماثل، والله عز وجل يأمر بالقسط.

ثانياً: أن فيه رفعاً للضرر عن الدائن، والمدين، فلو أقرضه مالاً، فنقصت قيمته، وأوجبنا عليه قبول المثل عددًا تضرر الدائن ؛لأن المال الذي تقرر له ليس هو المستحق، إذ أصبح بعد نقصان القيمة معيبًا بعيب النوع المشابه لعيب العين المعينة "حيث إن عيب العين المعينة هو خروجها عن الكمال بالنقص، وعيب الأنواع نقصان قيمتها"، ولو أقرضه مالاً فزادت قيمته، وأوجبنا عليه أداء المثل عددًا تضرر المدين؛ لإلزامه بأداء زيادة عما أخذ، والقاعدة الشرعية الكلية أنه: "لا ضرر ولا ضرار"[1].

(1) حماد، تغيرات النقود والأحكام المتعلقة بها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (3)، ص 1677.

هذا وقد بين الدكتور عبد الجبار السبهاني في بحثه: " وجهة نظر في تغير قيمة النقود " عندما رجح القول بالقيمة عند تغير القوة الشرائية للنقود بأن المثلية الشكلية في النقود الورقية لا اعتبار لها، وأن الاعتبار الشرعي والعرفي هو للمثلية المالية، إذ لا معنى للمثلية الشكلية مع اختلاف الجوهر والمحتوى ، فلا مثلية للأرقام المجردة ، وبالتالي فإن النتيجة التي توصل لها الدكتور السبهاني في بحثه تتمثل بوجوب مطالبة المدين بالقيمة الحقيقية للنقود ، وذلك بحسب قوتها الشرائية والقيمة الحقيقية للنقود هي ما يعبر عنها " بالمثلية المالية"، وهذا يعني وجوب مماثلة المال المسدد وفاءً لالتزام معين للمال الثابت في الذمة(1).

هذا وينبغي ألا يغيب عن كل ذي بصر، وبصيرة أن القول بأداء القرض بالقيمة عند تغير قيمة النقود الورقية تغيراً كبيراً يؤدي إلى استمرار معاني التعاون بين أفراد المجتمع، وقضاء الحاجات، عن طريق إقراض من يمر بضائقة مالية، أو يحتاج للمال ؛من أجل إنقاذ مشروع استثماري، قد يؤول إلى الانهيار، إذا لم يجد الدعم المالي الكافي لاستمراره، وعلى العكس من ذلك إذا ألزم الدائن بقبول مثل ما ثبت في ذمة المدين، أو المستقرض ،وكانت النقود الورقية قد تغيرت قيمتها، فإن معاني التعاون ،والتضامن، والإحساس بحاجة الآخرين، كل ذلك يبدأ يضمحل شيئا فشيئا حتى لا يبقى له وجود بين أفراد المجتمع، وبالتالي يحجم كثير من أرباب الأموال عن الإقراض لمن هم بحاجة لذلك؛ لأنه يخشى أن يبخس حقه، وذلك عند رد مثل دينه في الوقت الذي تكون الأسعار قد تغيرت بالانخفاض بشكل كبير، فهو يسترد أقل من حقه. والقول بالقيمة لا يعني أن يعمل به بدون ضوابط معتمدة ، فلا بد من ضبط الأمر ؛ حتى نتجنب الوقوع في المحظور ، كالوقوع في الربا ، أو شبهته .

ومن المعايير التي تعتمد في تقدير قيمة القرض عند التغير الكبير في قيمة النقود ، من ذلك اعتماد الذهب،أو الفضة؛ من أجل تقدير قيمة النقد الذي يعد محلاً للقرض ؛ لأن الأمر إذا ترك بدون ضوابط وقع الناس في منزلق الربا ، وهو مما يجب تجنبه عند أي تعامل مالي ، وهذا ما بينه هايل عبد الحفيظ في كتابه " تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية " عندما قال: " ويتم ذلك بأن يحدد العاقدان وقت العقد قيمة الالتزام بشيء ثابت ، كالذهب ، أو الفضة ، أو عملة مستقرة ، وعند وفاء الدين يفي الملتزم بالقيمة حسبما تحددت وقت العقد لا بالمثل ، فإذا أقرضه ألف دينار مثلاً ، تحددت قيمتها وقت العقد بما تساويه من الذهب ، وهي خمسون غراماً، وعند الوفاء إذا تغيرت قيمة النقود ، فإما أن يسدد خمسين غراماً من الذهب ، أو قيمتها من النقود الورقية "(2) .

---

(1) السبهاني، وجهة نظر في تغير قيمة النقود ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز " الاقتصاد الاسلامي" مجلد"11" 1419هـ-1999م، جامعة الملك عبد العزيز جدة ، المملكة العربية السعودية ، ص 23-24.

(2) عبد الحفيظ ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية ، ص326.

:

.

تعريف الهبة في اللغة والاصطلاح :

الهبة في اللغة: العَطيّةُ الخاليةُ عن الأعواض، والأغراض، يقالُ: وهبتُ له: أعْطيتُــهُ، والاتّهــاب قَبُول الهبة(1).

الهبة في الاصطلاح تعني: تمليك مال في الحياة بغير عوض(2).

هذا وقد اكتفيت بتعريف واحد للهبة؛ لأنني وجدت من خلال النظر في المصنفات الفقهية أن جميع التعريفات للهبة متقاربة، ولا تخرج عن التعريف المذكور، بل إن من التعريفات ما ورد نصاً حرفياً عند الفقهاء على اختلاف مذاهبهم؛ ولذلك اكتفيت بهذا التعريف؛ تحاشياً للتكرار.

شرح التعريف ومحترزاته:

أولاً: أن التمليك بطريق الهبة يشمل ذات الشيء، ومنافعه.

ثانياً: الأصل في الهبة أنها تبرع من غير عوض، أو مقابل؛ لأن الواهب يبتغي وجــه الله تعــالى، وهنا تعد تبرعاً ابتداءً وانتهاءً.

ثالثاً: أن الهبة قد تكون بعوض مشروط من قبل الواهب، ففي هذه الحالة تعد هبة ابتداءً بيعاً انتهاءً.

رابعاً: في الحياة تخرج الوصية؛ لأن الملك يثبت للموصى له بعد موت الموصي(3).

خامساً: بلا عوض تخرج عقود المعاوضات، كالبيع، والإجارة(4).

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص 803.

(2)الموصلي،الاختيارلتعليل المختار، ج3،ص48، الصاوي، بلغة السالك، ج4، ص37 ، الشر بيني، مغني المحتاج، ج2، ص537 ،ابن قدامة، المغني، ج5، ص649.

(3)الشر بيني، مغني المحتاج، ج2، ص538.

(4)الصاوي، بلغة السالك، ج4، ص37 ،الشر بيني، مغني المحتاج، ج2، ص538.

المطلب الأول: طريق ثبوت الملك في الهبة:

إن الغاية من بحث هذه المسألة، تتمثل بمعرفة الوقت الذي يثبت فيه الملك للموهوب له في الهبة، فهل يثبت الملك للموهوب له بمجرد العقد، أو أنه يثبت بقبضه للموهوب؟ ومعرفة ذلك تفيد في التعرف على أحكام الضمان للهبة، وهذا ما سأبينه – بمشيئة الله تعالى– في الصفحات القادمة.

آراء العلماء في مسألة ثبوت الملك في الهبة:

الرأي الأول: يثبت الملك للموهوب له في الهبة بالقبض، وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية[(1)]،الشافعية في رواية[(2)]، وجمهور الحنابلة[(3)].

الرأي الثاني: يثبت الملك في المال الموهوب للموهوب له بالعقد، وهذا ما ذهب إليه المالكية[(4)]، والشافعية في رواية[(5)]، والحنابلة في رواية[(6)]، والظاهرية"[(7)].

والحنابلة تختص روايتهم المذكورة في هذا الرأي بالموهوب إذا كان من غير الموزون، أو المكيل.

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بثبوت الملك في الموهوب بالقبض بعدد من الأدلة من السنة، والآثار، والإجماع، والمعقول، وهي:

أولاً: السنة:

قال رسول الله ﷺ : "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة"[(8)]. ووردت رواية في مصنف عبدالرزاق عن الثوري عن منصور بن إبراهيم قال:" الهبة لا تجوز حتى تقبض"[(9)].

---

(1) المرغيناني، الهداية، ج3، ص 224، صدر الشريعة ، مختصر الوقاية ، ج2 ، ص103 .
(2) الشربيني، مغني المحتاج ، ج2، ص 542،حاشيتا قليوبي وعميرة ، ج3،ص170.
(3) ابن قدامه، المغني،ج5، ص649، ابن قدامه، الكافي، ج2، ص335، ابن مفلح ، المبدع ، ج5 ، ص 277.
(4) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص247، الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج7، ص411.
(5) الرافعي، الشرح الكبير، ج6، ص319.
(6) ابن قدامه، الكافي، ج2، ص336، ابن مفلح ، المبدع ، ج5 ، ص278.
(7)ابن حزم ، المحلى ، ج10 ، ص38.
(8)الزيلعي، نصب الراية، ج4، ص299.
(9)الصنعاني أبو بكر عبدالرزاق بن همام، المصنف، تحقيق: أيمن نصر الدين الأزهري، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1421– 2000، ج9، ص43.

وجه الدلالة:

يدل الحديث على نفي الملك في الهبة قبل القبض، فلذلك لا يثبت الملك للموهوب لـــه فـــي المـــال الموهوب، ولا يلزم إلا بالقبض(1).

ثانياً: الآثار:

وردت جملة من الآثار عن الصحابة- رضي الله عنهم- تدل على أن القبض هـــو الـــسبيل لثبوت الملك للموهوب له في المال الموهوب، ومن الآثار الدالة على ذلك، ما ورد عن أبـــي بكـــر، وعمر- رضي الله عنهما- وهي:

1- عن عائشة – رضي الله عنها-:" أن أبا بكر كان نحلها(*) جادّ عشرين وسقاً من مالـــه بالغابـــة" فلما حضرته الوفاة ، قال: والله يا بُنَيةُ ما من الناس أحدٌ أحبُّ إلَيَّ غنًى بعدي منك، ولا أعزُّ علـــيّ فقراً بعدي منك، وإني كنتُ نحلتُكِ جادَّ عشرينَ وسقاً، فلو كُنْتِ جَدَدْتِيهِ ، واحتزتيه ، وإنما هو اليوم مال وارثٍ، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقتسموا على كتاب الله عز وجل".(2)

2- عن عبد الرحمن بن عبدالقاري أن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه- قال: " ما بـــال أقـــوام ينحلون أبناءهم نحلاً ثم يمسكونها فإن مات ابن أحدهم ، قال: مالي بيدي لم أعطه أحـــداً،وإن مـــات هو، قال:هو لابني ، كنت قد أعطيته إياه ، من نحل نحلة ،فلم يحزها الذي نحلها ، حتى تكـــون إن مات لورثته فهي باطل ".(3) .

3–عن سعيد بن المسيب – رضي الله عنه – عن عثمان بن عفان –رضي الله عنه–أنـــه قـــال: " من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحله ، فإن أعلن بها وأشهد عليها ،فهي جائزة ، وإن وليها أبوه "(4) .

وجه الدلالة من الآثار المذكورة: تدل على أن الهبة لا تجوز إلاّ مقبوضة، أي لا يثبت فيها الملـــك للموهوب له إلاّ بعد أن يقوم بقبضها(5).

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3، ص224.

(2) مالك، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، أبو ظبي- دولة الإمارات العربية المتحدة.مؤســـسة زايد بن سلطان للإعمال الخيرية والإنسانية، ، كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل ، ط1، 1425- 2004، "2783" ج4، ص1089.

*نحل : بمعنى أعطى ، والنحلة العطية ، والوسق : ستون صاعاً ، المطيعي ، تكملة المجموع ، ج16، ص255.

(3) مالك ، الموطأ، الرقم"2784"، ج4،ص1090، البيهقي ، السنن الكبرى، رقم " 12179"، ج6، ص277.

(4)البيهقي ، السنن الكبرى ،"رقم " 12178" ج6 ، ص 277.

(5)الكاساني،بدائع الصنائع، ج5،ص171، الأنصاري، أسنى المطلب،ج5، ص576، ابـــن قدامـــه، المغنـــي، ج5، ص650.

ثالثاً: الإجماع، فقد ورد عن أبي بكر، وعمر، وعثمان- رضي الله عنهم- بأن الملك يثبت في الهبة بالقبض، ولم يعرف لهم في ذلك مخالف، فكان إجماعاً. [1]

رابعاً: المعقول:

1- إن الهبة عقد تبرع، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع بـه، وهو التسليم، فلا يصح.[2]

2- إن الهبة عقد إرفاق، كالقرض، فلا يتم إلا بالقبض.[3]

3- إن الهبة لا تلزم قبل القبض، كما لو مات الموهوب له قبل أن يقبضها؛ لأنه بموته قبل قبضها تبطل الهبة، باعتبارها غير لازمة قبل القبض.[4]

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون بثبوت الملك في الهبة بالعقد بعدد من الأدلة من السنة، والآثار، والقياس، والمعقول، وهي:

أولاً: السنة:

عن عبد الله بن عباس- رضي الله عنهما- قال رسول الله- صلى الله عليه وسلم-:" العائد في هبته كالعائد في قيئه".[5]

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن الهبة تلزم بمجرد العقد ، وهذا يعني عدم جواز رجوع الواهب في هبته [6] ؛لأن الملك يثبت للموهوب له مجرد العقد .

ثانياً: الآثار:

احتجوا بالآثار الواردة عن أبي بكر، وعمر، والتي استدل بها أصحاب الرأي الأول، ووجه استدلالهم بتلك الآثار، أن الهبة عقد من العقود ؛ ولذلك لم يشترطوا القبض كشرط من شروط الصحة ، بل هو شرط من شروط التمام ؛ وبناءً على ذلك جاء رأيهم بأن الهبة تتم بالعقد ، وليس بالقبض.[7]

---

(1) ابن قدامه، المغني، ج5،ص649-650.
(2) المرغيناني، الهداية، ج3، ص224.
(3) الشربيني، مغني المحتاج،ج2، ص542.
(4) ابن قدامة، الكافي، ج2، ص336.
(5) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته، رقم الحديث"2621"،ج2 ، ص161.
(6) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص247،ابن قدامة، المعني، ج5، ص649.
(7) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص247.

ثالثاً: القياس:

1- وذلك من خلال قياس الهبة على البيع، فكما أن الملك يثبت في البيع بمجرد انعقاد العقد، فكذلك الأمر بالنسبة للهبة[1].

2- القياس على الوقف.

وجه القياس: أن الهبة إزالة ملك بغير عوض، فلزم بمجرد العقد، كالوقف[2].وبيان ذلك أن الوقف يلزم مجرد أن صدر عن الواقف ، ويخرج من ملكه ، فكذلك الأمر بالنسبة للهبة ، فإنها تلزم وتخرج من ملك الواهب مجرد أن صرح بها لغيره .

رابعاً: المعقول:

وذلك أن الأصل في العقود أن لا قبض مشترط في صحتها، حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض[3]، وذلك يعني أن الملك يثبت مجرد انعقاد العقد ، ولا يتوقف على القبض .

مناقشة الأدلة :

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول:

ناقش القائلون بثبوت الملك في الهبة بالعقد أدلة القائلين بثبوته بالقبض بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لحديث:" لا تجوز الهبة إلا مقبوضة".

ورد أن هذا الحديث غريب، وهذا ما ذكره الزيلعي في نصب الراية.[4]

ثانياً: أما استدلالهم بالأثر عن أبي بكر،فقد ورد عند ابن حزم بأنه لا يخلو ضرورة من أحد أمرين:

أولاً: إما أن يكون أراد نخلاً تجد هي منه عشرين وسقاً.

ثانياً: وإما أن يكون أراد تمراً يكون عشرين وسقاً مجدودة.

وأي الأمرين كان، فإنما هي عدة، وتابع ابن حزم قوله:" ولا يلزم هذه القضية عندهم، ولا عندنا؛ لأنها ليست في معين من النخل، ولا معين من التمر، وقد تجد عشرين وسقاً من أربعين نخلة، وقد تجد من مائتي نخلة، فهذا لا يتم إلا حتى يعين النخل، أو الأوساق في نخلة، فيتم حينئذٍ بالجداد، والحيازة، فليست هذه القصة من الهبة المعروفة المحدودة، ولا من الصدقة المعلومة المتميزة".[5]

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص247.
(2) عليش، منح الجليل بشرح مختصر خليل ، ج8، ص115-120، ابن قدامة ، المغني ، ج5 ، ص649.
(3) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج2 ، ص 247.
(4)الزيلعي، نصب الراية، ج4، ص299.
(5) ابن حزم، المحلى، ج10، ص41.

وبين ابن حزم أن الأثر الوارد عن أبي بكر في هبته لعائشة ورد من عدة طرق، وبينها اختلاف، ومنها أنه ورد مرسلاً من طريق وكيع عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي، فبطل تعلقهم بخبر أبي بكر، وعاد حجة عليهم، وصح أنهما رأيا الهبة جائزة بغير قبض.(1)

ثالثاً: بالنسبة لاستدلالهم بالآثار الواردة عن عمر، وعثمان، فهي حجة، إلاّ أنهما اختلفا، فعمر – رضي الله عنه – عمّ كل موهوب، وعثمان خص من ذلك صغار الولد، فالأمر رأي من رأيهما اختلفا فيه،لا تقوم به الحجة على أحد، وقد صح عن أبي بكر، وعائشة خلاف ذلك. (2)

رابعاً: بالنسبة لقياسهم الهبة على القرض، فقياس باطل؛ لأن القرض يرجع به متى أحب، ولا يرجع في الهبة، ولا في الصدقة، وأيضاً فإن الهبة، والصدقة تمليك للرقبة بغير عوض، والقرض تمليك للرقبة بعوض، فبطل قياس بعض ذلك على بعض؛ لاختلاف أحكامها. (3)

خامساً: بالنسبة لاستدلالهم بكون الهبة عقد تبرع، فلا يلزم إلاّ بالقبض، أُجيب عنه، بأنها تلزم منذ إبرام العقد، ولا يتوقف لزومها على القبض.(4)

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني:

ناقش القائلون بثبوت الملك في الهبة بالقبض أدلة القائلين بثبوته بالعقد بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لاستدلالهم بحديث:"العائد في هبته كالعائد في قيئه" أجابوا عنه بأنه محمول على الهبة المقبوضة. (5) والتي لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض.

ثانياً: بالنسبة لقياسهم الهبة على البيع، لا يصح، لأن الملك يثبت فيه بالعقد، بخلاف الهبة فلا يثبت فيها الملك، ولا تلزم إلاّ بالقبض.(6)

ثالثاً: لا يصح قياس الهبة على الوقف؛ لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى، فخالف التمليكات. (7) والهبة تمليك من الواهب للموهوب له .

---

(1) المصدر السابق، ج10، ص41.
(2)المصدر السابق، ج10، ص42.
(3) ابن حزم، المحلى، ج10، ص40.
(4) ابن قدامه، المغني، ج5، ص649.
(5) المصدر السابق، ج5، ص650.
(6) المصدر السابق، ج5، ص650-651.
(7) المصدر السابق، ج5، ص650.

الرأي المختار مع بيان حكم الضمان

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة ثبوت الملك في الهبة، وسوق الأدلة التي احتج بها كل فريق، ومناقشتها، فإنني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول، والذي يقضي بثبوت الملك في الهبة بالقبض؛ والسبب في ترجيح هذا الرأي قوة الأدلة التي احتجوا بها في دلالتها على المقصود بشكل واضح، ومن جانب آخر، فإن الناظر في طبيعة عقد الهبة ليدرك بأن الأولى القول بثبوت الملك في الهبة بالقبض؛ لأن المالك يحق له الرجوع بهبته قبل قبض الموهوب له للهبة.

الضمان في مسألة" طريق ثبوت الملك "

هذا وقد ارتأيت أن أبين حكم الضمان في المال الموهوب بما يتعلق بهذه المسألة، وذلك أن الموهوب له إذا تصرف بالهبة قبل القبض، فإنه يعد ضامناً لها في هذه الحالة، وخصوصاً إذا كان قبضه للهبة بدون إذن مالكها، ومن عبارات، ونصوص الفقهاء التي تؤكد الحكم بالضمان ما يأتي:

ورد في الهداية عند الحنفية، ما نصه:" وإن قبض، أي: الموهوب له الهبة، بعد الافتراق لم يجز إلاّ أن يأذن له الواهب في القبض".[1]

تدل العبارة على عدم جواز قبض الموهوب له للهبة بدون إذن من الواهب، وهذا يعني أن الموهوب له إذا تصرف بها بعد الافتراق بدون إذن من الواهب، فإنه يحكم عليه بالضمان؛ لأنه تصرف في ملك الواهب؛ لبقاء ملكه قبل القبض. [2]*

وورد في مغني المحتاج عند الشافعية، ما نصه:" ولا بدّ أن يكون القبض بإذن الواهب، فلو قبض بلا إذن ،ولا إقباض لم يملكه ،ودخل في ضمانه سواء قبضه في مجلس العقد، أم بعده".[3]

العبارة تدل على تضمين الموهوب له إذا قبض الهبة بدون إذن من الواهب، مما يدل على أن الملك في الهبة يثبت بالقبض، ولا بدّ من أخذ إذن الواهب بقبضها.

ووردت العبارة عند الحنابلة في المغني ، ونصها:" والواهب بالخيار قبل القبض إن شاء أقبضها وأمضاها، وإن شاء رجع فيها ومنعها، ولا يصح قبضها إلا بإذنه، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة، ولم يصح القبض".[4]

---

(1) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3، ص224.
(2) الموصلي، الاختيارلتعليل المختار، ج3، ص48.
(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص542.
(4) ابن قدامه، المغني، ج5، ص651.

فالعبارة واضحة في دلالتها على أن الهبة لا يصح قبضها إلا بإذن من مالكها، فإن قبضها الموهوب له بدون إذن فقد تصرف بملك غيره، مما يعني أنه يتحمل ضمانها.

وبناءً على ما سبق إذا قام صاحب محل للأجهزة الكهربائية بهبة جهاز للتبريد "ثلاجة " لصديق له ، ولم يقم الموهوب له باستلام الجهاز الموهوب ، وغاب بضعة أيام، ثم جاء وأخذ الجهاز بدون إذن من الواهب ؛ لأن الواهب لم يكن وقتها جالساً في المحل ، وكان قد أجلس شخصاً آخر مكانه ، ففي هذه الحالة يعد الموهوب له ضامناً للجهاز، ولا سيما إذا تلف تحت يد القابض ؛ لأن الجهاز يبقى ملكاً للواهب ما دام أنه تحت يده، ولم يصل إلى متناول يد الموهوب له . ما سبق يتعلق بحكم الضمان في الهبة بناءً على الرأي القائل بثبوت الملك بالقبض.

وبناءً على الرأي القائل بثبوت الملك في الموهوب بالعقد ، فلا يثبت الضمان على الموهوب له ؛ لأنه ملك الشيء الموهوب بمجرد العقد، وبالنسبة للتلف فإنه حصل على ملكه فلا ضمان .

المطلب الثاني: حكم الضمان في حالة حكم القاضي بالرجوع بالهبة*:

من خلال البحث في المصنفات الفقهية لحكم هذه المسألة توصلت- بعون الله تعالى- إلى أن للفقهاء رأيين فيها، وهما:

الرأي الأول: لا يصح الرجوع في الهبة إلا بقضاء، أو رضا، ويجوز تصرف الموهوب له بالهبة قبل القضاء بالرجوع.

وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية(1)، والإمام مالك(2).

وردت العبارة عند الحنفية:" لا يصح الرجوع في الهبة إلاّ بقضاء، أو رضا، ويجوز تصرف الموهوب له بالهبة قبل القضاء بالرجوع، ولا يجوز بعد القضاء، وهي أمانة في يده بعد القضاء لا يضمنها إلا بالمنع".(3)

الرأي الثاني: الرجوع في الهبة يثبت بدون حاجة إلى قضاء القاضي، وهذا ما ذهب إليه كل من المالكية(4) في رواية، الشافعية(5)، والحنابلة(6).

---

* والقياس عند الحنفية أن الموهوب له لا يجوز له قبض الهبة إلا بإذن من الواهب سواء أكان ذلك في المجلس أم بعد الافتراق منه. الموصلي، الاختيار، ج3، ص48.

(1) البغدادي، مجمع الضمانات، ج2، ص713، المرغيناني، الهداية، ج3، ص 229.

(2) مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 322.يثبت عند الإمام الرجوع بحكم القاضي إذا كانت الهبة للثواب .

(3) البغدادي، مجمع الضمانات، ج 2، ص713 -714. عند الحنفية يثبت الرجوع إذا كانت الهبة لأجنبي ، أو كانت للثواب ولم يدفعه الموهوب له للواهب .

(4) الخرشي ، حاشية الخرشي، ج7 ، ص427، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج5 ، ص 511.

(5) النووي، روضة الطالبين، ج 4، ص 445، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2 ، ص548.

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج 4، ص316، الرحيباني، مطالب أولى النهي، ج 4، ص409، ابن قدامة ، المغني، ج5 ، ص 685.

وردت العبارة عند الشافعية:" الرجوع في الهبة لا يفتقر إلى قضاء القاضي، وإذا رجع ولم يسترد المال فهو أمانة في يد الموهوب له "الولد" بخلاف المبيع في يد المشتري بعد فسخ البيع؛ لأن المشتري أخذه على حكم الضمان".(1)

ووردت العبارة عند الحنابلة:" والرجوع في الهبة أن يقول قد رجعت فيها ، أو ارتجعتها، أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الرجوع، ولا يحتاج إلى حكم حاكم".(2)

وبالنسبة لهذا الرأي ، فإنه يتعلق برجوع الأب إذا وهب ابنه ، وكذلك إذا وهب لأجنبي وشرط عليه الثواب ، أي : العوض ، ولم يثبه منها ، فله الرجوع في هذه الحالة .

الأدلة

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون باشتراط قضاء القاضي للرجوع في الهبة بعدد من الأدلة من السنة ، القياس، والمعقول، وهي:

أولاً:السنة :عن أبي هريرة – رضي الله عنه – قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: " الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها "(3).

وجه الدلالة : يدل الحديث على أن الواهب له الرجوع في هبته إلا إذا عوض منها ، فإذا لم يعوضه الموهوب له ، فيحق له الرجوع(4) .

ثانياً: القياس:

وذلك بالقياس على البيع، ورد أن رجلاً كتب إلى الإمام مالك في رجل باع من رجل عبداً بثمن إلى أجل، ففلس المبتاع، وقام صاحب الغلام فرفع أمره إلى السلطان ، فأوقف الغلام ؛ لينظر في أمورهم، وبيناتهم، فمات المفلس قبل أن يقبض البائع الغلام، فكتب مالك:" أما إذا قام يطلب العبد، وأوقف العبد لينظر القاضي في بينته، فمات المفلس قبل أن يقبض الغلام البائع، فأرى البائع أحق به، وإن لم يقبضه حتى مات المشتري، فكذلك مسألتك في الهبة أن له أن يأخذ هبته إذا كان أوقفها السلطان" (5) .وهذا يعني أن الواهب إذا وهب شيئاً لغيره ، وشرط عليه ثواباً معيناً مقابل الهبة ، ومن ثم لم يتمكن الموهوب له أن يدفع العوض ، فإن الواهب يحق له أن يرفع الأمر للقاضي ؛ ليحكم له باسترداد الهبة، ما دام أن الموهوب له عجز عن تنفيذ شرط العوض ، ففي هذه الحالة يتم الحكم برد الهبة لصاحبها ، وذلك قياساً على مسألة البيع المذكورة عند الإمام مالك .

---

(1)النووي، روضة الطالبين، ج 4، ص 445.
(2) ابن قدامة، المغني، ج 5، ص 675.
(3) ابن ماجه ، سنن ابن ماجه، ج2، ص 798، حسن صحيح، المستدرك على الصحيحين ،رقم" 2370" ج2، ص183، والحديث من رواية ابن عمر :"من وهب هبة فهوأحق بها ما لم يثب منها".
(4) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج3 ، ص 227..
(5) مالك، المدونة الكبرى، ج 4، ص322.

ثالثاً: المعقول:

أولاً: إن هذا الأمر مختلف فيه بين الفقهاء، فلا بد من الفصل بالرضا، أو القضاء، حتى لو كانت الهبة عبداً، فأعتقه قبل القضاء نفذ، ولو منعه ، فهلك لم يضمن، لقيام ملكه فيه، فإذا منعه من مالكه بعد القضاء ضمن للتعدي. (1)

ثانياً: إن فيه قطع الملك عن الموهوب له، وقطع الملك عن الإنسان من غير قضاء ،ولا رضاء لا يجوز(2).

فقبل قضاء القاضي، وقبل رد الموهوب له الهبة على الواهب باختياره، يعد تصرف الموهوب له حصل في ملك نفسه فيصح، وبعد قضاء القاضي بالرد صار الموهوب ملكاً للواهب، فلا يصح تصرف الموهوب له به، وإذا صدر منه أي تصرف أدى إلى إتلاف الموهوب ، فإنه يضمن للواهب قيمة النقص ، أو التلف الحاصل بسببه .

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون بجواز الرجوع بدون حكم القاضي بالأدلة الآتية :

أولاً: السنة :

عن ابن عباس وابن عمر –رضي الله تعالى عنهما – يرفعان الحديث إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: " لا يحل للرجل أن يعطي العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده " (3).

وجه الدلالة : يدل الحديث على جواز رجوع الأب فيما وهب لولده ، أي أخذه منه جبراً بلا عوض(4).ويجوز رجوع الواهب على الموهوب له إذا كانت الهبة بعوض ، ولم يدفع العوض المشروط.

ثانياً: إنه يعد خياراً في فسخ عقد، فلم يفتقر إلى قضاء، كالفسخ بخيار الشرط. (5)

الرأي المختار

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة حكم الرجوع بالهبة بحكم القاضي، وعرض الأدلة التي احتجوا بها، يمكنني القول قبل الترجيح لأي من الرأيين: بأن الواهب يستطيع أن يرجع بهبته بطريق الرضا، والاتفاق مع الموهوب له بدون الرجوع للقضاء، هذا في حالة إمكان الرجوع بطريق الرضا.

---

(1)المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج3، ص229.

(2) ابن مازة، المحيط البرهاني، ج6، ص 249.

(3) ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ،كتاب الهبات ،رقم " 2377" ، ج2، ص 795،حديث حسن صحيح ،جامع الترمذي ، رقم" 2132" ، ص 354.

(4) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج5 ، ص511،ابن قدامة، المغني، ج5، ص668.

(5) ابن قدامة، المغني، ج5، ص675.

أما إذا لم يتمكن الواهب من الرجوع بهبته بطريق التراضي، فإنني أميل إلى ترجيح الرأي الذي يقضي بالرجوع في الهبة عن طريق القضاء، وبالتالي إذا صدر حكم القاضي بالرجوع، فإنه يتوجب على الموهوب له أن يرد الهبة لصاحبها. وهنا لابد أن نلاحظ بأن الرجوع بالهبة عن طريق القضاء إنما يكون في حالة كون الهبة لأجنبي كما هو عند الحنفية ، وكذلك إذا كانت بعوض ولم يدفع الموهوب له ما شرط عليه من عوض ، أو ثواب ، وذلك كما ورد عند الحنفية، وكذلك عند الإمام مالك ؛ وذلك لأن الواهب ما رضي أن يهب لغيره في هذه الحالة إلا أن يعوض عن هبته ، فإذا لم يتم له ما أراد من العوض ، فله أن يرفع الأمر للقضاء للمطالبة باسترداد هبته .

أما بالنسبة لأصحاب الرأي الثاني والذين ذهبوا إلى الرجوع بدون رفع الأمر للقضاء ، فيمكن القول : بأن الواهب إذا أراد الرجوع فيما وهب إذا لم يحصل على العوض ، فقد لا يستجيب الموهوب له ، ولا يسلمه هبته بطريق الرضا ، فهنا يلجأ الواهب لاسترداد هبته بطريق القضاء ، وكذلك الأمر في حالة الرجوع بالهبة إذا كانت بيد الولد ، فقد يطرأ ظرف للوالد يجعله يرجع في هبته التي بيد ابنه ، وليس بالضرورة أن يوافق الولد برد الهبة من ذات نفسه ، لأن واقع المحاكم في هذا الزمان يشهد كثيراً من القضايا بين الآباء وأبنائهم ، فإذا وصل الأمر إلى هذا الحد، فقد يضطر الوالد إلى اللجوء للقضاء من أجل استرداد ما وهبه لابنه .

الضمان في حال الرجوع بحكم القاضي.

أما بالنسبة للضمان في هذه المسألة، فالموهوب له لا يجوز له التصرف بالهبة بعد القضاء بالرد، وإذا صدر الحكم بالرجوع، فامتنع الموهوب له من تسليم الموهوب للواهب حتى هلك، فإنه يضمن؛ لأنه بامتناعه من إرجاع الموهوب إلى مالكه بعد صدور الحكم بالرجوع يكون متعدياً بذلك،(1) والإنسان يضمن ملك الغير في حالة التعدي.

وبناءً على ما سبق إذا وهب شخص لآخر فرساً ، ومن ثم أراد الواهب الرجوع في هبته، وكان قد رفع الأمر للقاضي ؛ لكي يحكم له بإرجاع الفرس إلى حوزته ، وأصدر القاضي أمراً بالرجوع ، ففي هذه الحالة إذا امتنع الموهوب له من رد الفرس إلى الواهب ، فإنه يضمن ولا سيما إذا تعرض الفرس للهلاك ؛ لأنه بامتناعه من الرد يعد متعدياً ، والتعدي على حقوق الآخرين يعد موجباً للضمان .

---

(1) البغدادي، مجمع الضمانات،ج 2، ص714، المرغيناني، الهداية، ج3 ،ص 229.

* المشاع : ما كان غير مميز عن جنسه ، كالنصف ، أو الثلث ، أو الربع ، أو غير ذلك من الأجزاء ، الكشناوي ، أسهل المدارك ، ج2، ص214.

المطلب الثالث: حكم الضمان في هبة المشاع.

اتفق الفقهاء على جواز هبة المشاع الذي لا يقسم[1] ، أما بالنسبة لهبة المشاع الذي يقبل القسمة فقد اختلفوا فيه إلى رأيين، وهما:

الرأي الأول: لا تصح هبة المشاع فيما يقسم إلا محوزة، ومقسومة، وهذا ما ذهب إلية الحنفية.[2]

الرأي الثاني: تصح الهبة في المشاع الذي يقبل القسمة قبل قسمته، وهذا ما ذهب إليه كل من المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة.[5]، والظاهرية[6] .

الأدلة

أدلة أصحاب الرأي الأول

احتج القائلون بعدم صحة هبة المشاع القابل للقسمة بعدد من الأدلة من الآثار، والمعقول، وهي:

أولاً: الآثار:

1-احتجوا بالأثر الوارد عن أبي بكر- رضي الله عنه- في هبته جاد عشرين وسقاً لابنته عائشة، وكذلك بالأثر الوارد عن عمر بن الخطاب-رضي الله عنه- في نحل الوالد لابنه، وقد ذكرت هذه الآثار مفصلة في صفحة سابقة.[7]

فالآثار تدل على عدم جواز هبة ما يقبل القسمة حتى يتم قبضه، وذلك يكون بعد قسمته، وفرزه عن غيره.[8]

2-روى عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- أنه قال:" من وهب ثلث كذا، أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم". وكان ذلك بمحضر من الصحابة، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر، فكان إجماعاً.[9]

---

(1) المرغيناني، الهداية، ج3، ص224، الكشناوي ، أسهل المدارك ، ج2، ص214، النووي ، روضة الطالبين ، ج4، ص438، ابن قدامة، المغني ، ج5 ، ص 655.

(2) المرغيناني، الهداية، ج3، ص225، الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، ج3، ص50.

(3) الكشناوي، أسهل المدارك إرشاد المسالك، ج2، ص214، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج8، ص6.

(4) النووي، روضة الطالبين، ج4، ص438، الرافعي، الشرح الكبير، ج6، ص315-316.

(5) ابن قدامة، المغني، ج5، ص655، المرداوي، الإنصاف ،ج7، ص131.

(6) ابن حزم ، المحلى ، ج10 ، ص60.

(7) أنظر، ص205.

(8) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص54، الكاساني، بدائع الصنائع،ج5، ص171.

(9)الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص171.

يدل الأثر على عدم جواز هبة ما يقبل القسمة من المشاع، حتى يقسم ثم يقبض.[1] فإذا تم فرزه وقسمته، فعندها تصح فيه الهبة.

ثانياً: المعقول:

1- إن القبض شرط جواز هذا العقد، والشيوع يمنع من القبض؛ لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض، والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور، حيث إن سكن نصف الدار شائعاً، ولبس نصف الثوب شائعاً محال.[2]

2- إن الهبة عقد تبرع، فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان؛ لأن للموهوب له مطالبة الواهب بالقسمة، فيلزمه ضمان القسمة، وهذا بدوره يؤدي إلى إيجاب الضمان في عقد التبرع، وفيه تغيير للمشروع. [3]

أدلة أصحاب الرأي الثاني

احتج القائلون بصحة الهبة في المشاع الذي يقبل القسمة بعدد من الأدلة من السنة، والقياس، وهي:

أولاً: السنة:

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال:" سمعت النبي- صلى الله عليه وسلم- وقد جاءه رجل ومعه كبة من شعر، فقال أخذت هذه من المغنم لأصلح بها بردعة بعير لي، فقال النبي ﷺ :" ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك".[4]

وجه الدلالة:

الحديث يدل على صحة هبة المشاع، سواء في ذلك ما أمكن قسمته، أو لم يمكن.[5]

ثانياً: القياس:

1- إنه يجوز بيعه فجازت هبته، كالذي لا ينقسم.[6] وهذا يعني أن ما لا يقبل القسمة من الأموال تجوز فيه الهبة، فكذلك الأمر بالنسبة لما ينقسم، وخصوصاً أن كلاً منهما يجوز بيعه، فتجوز فيه الهبة.

---

(1)المصدر السابق، ج5، ص171.
(2)المصدر السابق، ج5، ص171.
(3) المصدر السابق، ج5، ص171.
(4)النسائي ، سنن النسائي ، رقم الحديث "3688 "،ج6،ص264، الحديث : حسن، المجتبى من السنن " سنن النسائي" كتاب الهبة،لبنان، عناية : بيت الأفكار الدولية ، 2004،رقم " 3688"، ص392.
(5) ابن قدامة، المغني، ج5، ص655.
(6) المصدر السابق، ج5، ص656.

2- إنه مشاع، فأشبه ما لا ينقسم، وذلك في جواز هبته.[1] هذا يعني أنه لا فرق في صحة الهبة بين المشاع الذي لا يحتمل القسمة، والذي يحتملها، فما ينطبق على الأول ينطبق على الآخر في الجواز.

مناقشة الأدلة

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول:

ناقش القائلون بصحة هبة المشاع الذي يقبل القسمة أدلة القائلين بعدم جواز ذلك بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لاستدلالهم بالآثار، ولا سيما بالنسبة للأثر المنقول عن أبي بكر- رضي الله عنه- في هبته لعائشة، فقد أجاب ابن حزم عن ذلك، بأن اللفظ الذي احتجوا به مخالف لقولهم، بل فيه إجازة هبة جزء من المشاع؛ لأنه نحلها جداد عشرين وسقاً من ماله بالغابة.

ولا يخلو ذلك ضرورة من أحد وجهين:

الأول: إما أن يكون نحلها من تلك النخل ما تجد منه عشرين وسقاً، أو نحلها عشرين وسقاً مجدودة، وهذا هو الأظهر.[2]

الثانيً: أنه نحلها، وأمضى لها ذلك المقدار، وهو مجهول العدد، والقدر، والعين في مشاع، وكان ذلك بحضرة الصحابة، ولم يخالف أحد في ذلك، ولم يبطله أبو بكر لذلك، وإنما أبطله بنص قوله:" لأنها لم تحزه" فقط، ولو جددته، وحازته لكان نافذاً، فعاد حجة عليهم.[3]

ثانياً: أما بالنسبة لاستدلالهم، بأن وجوب القسمة يمنع صحة القبض، فلا يصح، فإنه لم يمنع صحته في البيع، فكذا هنا.[4]

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني :

ناقش القائلون بعدم صحة هبة المشاع القابل للقسمة أدلة القائلين بصحة ذلك بما يأتي.

أولاً: بالنسبة لحديث الكبة، فيحتمل أن النبي- صلى الله عليه وسلم- وهب نصيبه منه، واستوهب البقية من أصحاب الحقوق، فوهبوا، وسلموا الكل جملة، وفي الحديث ما يدل عليه، حيث قال ﷺ :" وسأسلمك الباقي"، وما كان النبي ﷺ ليخلف في وعده، وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة، وهذا من باب هبة المشاع الذي لا ينقسم.

---

(1) المصدر السابق، ج5، ص656.

(2) ابن حزم، المحلى، ج10،ص62.

(3) المصدر السابق،ج10، ص62.

(4) ابن قدامة، المغني، ج5، ص656.

ومن وجه آخر: أن الكبة الواحدة لو قسمت على الجم الغفير لا يصيب كلٌّ منها إلا القليل، فكان في معنى المشاع الذي لا ينقسم.(1)

ثانياً: بالنسبة لدليلهم بأن ما يقسم من المشاع يعد ،كالمشاع الذي لا يقسم في جواز هبته، أجيب عنه، بأنه لا حكم للهبة بدون القبض، والشيوع مانع من القبض الممكن للتصرف، أما بالنسبة لما لا يقسم من المشاع، فإنه يجوز هبته للضرورة؛ لعدم احتمال القسمة، أما ما يقسم فلا ضرورة فيه، لأن المحل محتمل للقسمة، فيمكن إزالة المانع من القبض الممكن بالقسمة.(2)

الرأي المختار:

بعد عرض الآراء الفقهية في مسألة هبة المشاع، والأدلة التي احتج بها كل فريق لدعم رأيه، ومناقشتها، فإنني أميل إلى ترجيح الرأي الذي يقضي بجواز هبة المشاع فيما يقسم؛ وذلك لقوة الأدلة التي احتج بها أصحاب هذا الرأي، ووجاهتها في الدلالة على المقصود، ومن جانب آخر، فإن الموهوب إذا كان يقبل القسمة، فلا مشكلة في ذلك؛ لأنه من الممكن فرز الجزء الموهوب، وعزله عن بقية الأجزاء، ومن ثم تسليمة للموهوب له.

هذا بالنسبة للرأي الراجح في هبة المشاع إذا كان يقبل القسمة.

الضمان في مسألة هبة المشاع .

أما إذا أردت أن أتحدث عن حكم الضمان، فإنه يظهر من خلال رأي الحنفية، ومع أنني ملت إلى ترجيح رأي الجمهور، إلا أنني أريد أن أبين حكم الضمان في هبة المشاع الذي يقبل القسمة؛ لأن موضوع البحث يدور في أحكام الضمان.

وقبل بيان حكم الضمان لا بدّ من إيراد نصٍّ فقهي يدل على جواز هبة المشاع إذا تم فرزه، ورد عن الحنفية:" أن الواهب إذا وهب مشاعاً لآخر، ثم قسم ما وهب، وأفرزه ثم سلمه إلى الموهوب له جاز، وكذلك إذا وهب داراً فيها طعام للواهب، أو ثمرة معلقة في نخل، أو زرعاً في أرض فأخرج الطعام من الدار، وجدّ الثمرة من النخل، وحصد الزرع، ثم سلّم ذلك محوزاً مفرزاً

(1) الكاساني، بدائع الضائع، ج5،ص172.
(2) المصدر السابق، ج5، ص171.

جاز ذلك وينظر في ذلك إلى حال القبض دون حال العقد".[1] .فهذا النص عند الحنفية يدل على أن الموهوب إذا كان مما يقسم، ثم قام الواهب بفرزه عن غيره، وسلمه للموهوب له، فإنه يجوز، وقوله: وينظر في ذلك إلى حال القبض دون العقد، يعني أنه حال القبض كان قد أفرزه عن غيره.

وورد عند الحنفية نص يظهر حكم الضمان في حال هبة المشاع إذا تم تسليمه دون فرزه عن بقية أجزاء المشاع، ومن ذلك ما ورد في تبيين الحقائق، ونصه:" ولو سلمه شائعاً لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه، ويكون مضموناً عليه، وينفذ فيه تصرف الواهب".[2]

وورد في بدائع الصنائع ما نصه:" أن الهبة عقد تبرع فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان؛ لأن الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة، فيلزمه ضمان القسمة، فيؤدي إلى تغيير المشروع".[3]

والحنفية عندما ذهبوا إلى عدم صحة هبة المشاع الذي يحتمل القسمة إذا لم يكن مقسوماً، إنما نظروا إلى جانب الواهب؛ لأنه سيتحمل الضمان، وضمانه يتمثل بتكاليف فرز الجزء الموهوب عن غيره؛ من أجل تسليمه للموهوب له.

وفي الزمن الحاضر إذا قام شخص بهبة قطعة من الأرض تقدر بدونمين، ولم تكن قطعة الأرض الموهوبة قد قسمت، وأفرزت عن غيرها، بمعنى أنها لا زالت مشاعاً، ففي هذه الحالة إذا أراد الموهوب له أن يتسلم ما وهب له من الأرض، فإنه يتوجب على الواهب أن يقوم بفرز الدونمين اللذين تمت هبتهما، وسوف يتحمل نفقات القسمة من رسوم، وطوابع، وغيرها مما تتقاضاه دائرة الأراضي والمساحة؛ من أجل إتمام عملية الفرز. وهذا المثال بناءً على رأي الحنفية .
ومع أنني ذكرت مثالاً يوضح ضمان الواهب في حال هبته للمشاع القابل للقسمة بناءً على رأي الحنفية ، إلا أنه ليس بالضرورة أن يتحمل الواهب تكاليف الفرز والقسمة ، ولا سيما أن العرف في الزمن الحالي يقضي بأن يتحمل المشتري دفع تكاليف الفرز لحصته ، وقياساً عليه يمكن القول : بأن الموهوب له يتحمل التكاليف المذكورة ؛ حتى لا يجتمع على الواهب أمران ، الهبة وتكاليف الفرز ؛ ولذلك يمكن تطبيق رأي الجمهور في الزمن الحالي ، والذي يقضي بجواز هبة المشاع القابل للقسمة، وبالتالي فإن الموهوب له يتحمل تكاليف الفرز والقسمة ؛ لأنه المنتفع بالأرض التي قدمت له تبرعاً بطريق الهبة .

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص 54.
(2) المصدر السابق، ج6، ص 55.
(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص171.

المطلب الرابع: حكم الضمان في الهبة في المسائل الآتية:

الفرع الأول: استحقاق الهبة للغير في حالة هبة الثواب .

قد توصلت من خلال البحث في هذه المسألة إلى أن الفقهاء اتفقوا على إثبات الحق للموهوب له في الرجوع على الواهب في العوض الذي دفعه، وذلك إذا خرجت الهبة مستحقة للغير(1)، وهذا ما سيظهر تفصيله من خلال إيراد نصوص، وعبارات الفقهاء في هذا الشأن.

أولاً: عند الحنفية.

جاء في تبيين الحقائق ، ما نصه:" وإذا استحق جميع الهبة كان للموهوب له أن يرجع بجميع العوض؛ لعدم سلامة مقصوده من العوض، وهو تأكد ملكه في الهبة، هذا إذا كان بدل المستحق قائماً". وإن استحق الهبة، والعوض هالك يرجع على الواهب بقيمة العوض إن لم يكن له مثل، وبمثله إن كان له مثل".(2)

ووردت العبارة في تبيين الحقائق في هذا الشأن، ونصها:" فإن استحق نصف الهبة كان للموهوب له أن يرجع على الواهب بنصف العوض؛ لأنه لم يسلم له مقصوده من العوض في هذا القدر"(3)

ووردت العبارة في مجمع الضمانات، ونصها:" إذا استحق الهبة رجع بالعوض إن كان قائماً، ويضمنه إن كان مستهلكاً".(4)

تدل النصوص بكل وضوح على تضمين الواهب للعوض الذي أخذه من الموهوب له إذا تبين أن الهبة مستحقة للغير؛ لأنه في هذه الحالة يكون قد وهب ما لا يملك، فإذا استحق الهبة بكاملها، فإن الموهوب له يرجع على الواهب بكامل العوض الذي دفعه، هذا إذا كان العوض قائماً، أما إذا أتلف، أو تلف، فإن الواهب يتوجب عليه الضمان بالمثل إن كان له مثل، فإن لم يكن له مثل، فعليه القيمة للموهوب له، وينطبق الحكم بتضمين الواهب إذا استحق نصف الهبة، فضمانه يكون بمقدار ما استحق، أي: أنه يضمن نصف العوض، والغاية من الضمان تتمثل بأن الموهوب له لم

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص66، مالك، المدونة الكبرى ، ج4، ص333، الأنصاري، أسنى المطالب، ج5، ص585-586، البهوتي، كشاف القناع،ج4، ص 300.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص66.

(3) المصدر السابق، ج6، ص66-67.

(4)البغدادي، مجمع الضمانات، ج2، ص713.**عند بعض الحنفية إذا كانت الهبة لا تحتمل القسمة، فإنه يثبت الحق للموهوب له بالرجوع على الواهب إذا ظهرت مستحقة للغير. وفي رواية عن أبي يوسف أن الواهب لا يضمن شيئاً؛ لأن العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة، والموهوب غير مضمون بالهلاك إذا كان لا يحتمل القسمة فأستحق بعضهُ،الكاساني،بدائع الصنائع،ج5،ص188-189.**

يتحقق له مقصوده من الهبة عند استحقاقها؛ فكان الضمان من أجل جبر الضرر الذي لحق به، ورد الحق لصاحبه.

ثانياً: عند المالكية:

ورد عند المالكية ما يفهم منه بأن الهبة إذا تبين استحقاقها للغير ، أي : أنها لم تكن مملوكة للواهب ، ففي هذه الحالة يحق للموهوب له أن يرجع بالثواب الذي كان قد دفعه مقابل الهبة.[1]

وردت العبارة في المدونة بما يخص استحقاق العوض، ونصها:" فإن استحق العوض، أيكون لي أن أرجع في هبتي، قال نعم: إلا أن يعوضك عوضاً آخر يكون قيمة الهبة، أو أكثر مكان العوض الذي استحق".[2]

يدل النص بمفهومه على حق الموهوب له في الرجوع على الواهب بما دفعه من عوض مقابل الهبة إذا خرجت مستحقة للغير، ويدل بمنطوقه على أنه يحق للواهب أن يرجع في هبته إذا ظهر العوض مستحقاً للغير، إلاّ أن يقوم الموهوب له بدفع عوض آخر يساوي قيمة الهبة، فعندها لا رجوع له عليه.

ثالثاً: الشافعية:

وردت العبارة عند الشافعية في هذا الشأن، ونصها:" ويسترد المثيب ثوابه إن خرج الموهوب مستحقاً، وإن خرج بعضه مستحقاً يخير بين أن يرجع بقسطه من الثواب، وبين أن يرد الباقي ويرجع بجميع الثواب".[3]

تدل هذه العبارة على حق الموهوب له باسترداد العوض إذا تبين أن الهبة مستحقة للغير، وإذا كان بعض الموهوب مستحقاً دون البعض الآخر، ففي هذه الحالة يثبت الخيار للموهوب له بين أخذ الجزء المتبقي بدون استحقاق بقسطه، أو يسترد العوض بأكمله، وهذا يعني تضمين الواهب للعوض في حال استحقاق الهبة للغير، ويتم رد العوض في حال قيامه، وعدم تغيره، أما إذا كان العوض عرضة للتغير، أو التلف فتلف، أو استهلك، ففي هذه الحالة يجب على الواهب ضمان مثل العوض إن كان له مثل، وإلا فالقيمة.

---

(1)مالك، المدونه الكبرى، ج4،ص333.

(2) المصدر السابق، ج4، ص333.

(3) الأنصاري، أسنى المطالب، ج5، ص585-586، الرافعي، الشرح الكبير، ج6، ص334.

رابعاً: عند الحنابلة:

من العبارات الواردة عند الحنابلة في هذه المسألة ما ورد في كشاف القناع، ونصها:" وإن شرط فيها- الهبة – عوضاً معلوماً صارت بيعاً ، وتثبت فيها أحكام البيع ، كخيار المجلس، والرد بالعيب، واللزوم قبل التقابض ".[1]

فإذا ظهر المبيع مستحقاً، فإن المشتري يثبت له الحق في الرجوع على البائع بما دفعه من ثمن، وكذلك الأمر هنا، فإن الموهوب له يحق له الرجوع على الواهب بما دفعهُ من عوض للهبة، هذا إذا كان العوض قائماً، فأما إذا كان مستهلكاً، أو تلف، فإن الواهب يضمن مثلهُ إن كان له مثل، وإلا فإنه يضمن قيمة العوض الذي كان قد قبضه مقابل الهبة .

الأدلة التي استدل بها الفقهاء

احتج الفقهاء لرأيهم الذي يقضي بثبوت الحق للموهوب له في الرجوع على الواهب في حال استحقاق الهبة بعدد من الأدلة، وهي:

أولاً : أن القبض في العوض لم يقع مجاناً، وإنما وقع مبطلاً حق الرجوع في الأول، فإن لم يسلم المقصود منهُ بقي القبض مضموناً؛ فيرجع بعينه إذا كان قائماً، ويرجع بقيمته إذا هلك.[2]

ثانياً: يضمن الواهب العوض في حال استحقاق الهبة؛ بناءً على أن العقد في حال العوض يعد عقد بيع.[3]

بينت فيما سبق أن الموهوب إذا ظهر مستحقاً للغير، فإن الموهوب لهُ يرجع على الواهب بالعوض الذي كان قد دفعهُ لهُ مقابل الهبة؛ لأن مقصود الموهوب لهُ لم يتحقق عند ظهور استحقاقها لغير الواهب، وخصوصاً أن الواهب قد غرر به عندما وهبه شيئاً على أنهُ ملكه، ثم ظهر مملوكاً لغيره.

وتضمين الواهب للعوض الذي دفع مقابل الهبة يكون برده إذا كان قائماً، أما إذا تلف، فإنهُ يضمن مثلهُ إن كان له مثل، فإن لم يكن له مثل، فإنه يضمن قيمتهُ.

الفرع الثاني: إذا كانت الهبة بشرط العوض وهلكت.

إذا كانت الهبة بعوض، ومن ثم تلفت قبل أن يؤدي الموهوب لهُ عوضها للواهب، فما الحكم في مثل هذه الحالة؟

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص300، المرداوي، الإنصاف، ج7، ص116.
(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص188.
(3) الأنصاري، أسنى المطالب، ج5، ص585-586.

اتفق الفقهاء على تضمين الموهوب له قيمة الهبة للواهب(1)، إذا تلفت عنده، وهذا الحكم في الضمان، إنما يثبت إذا كان الواهب قد شرط أن تكون الهبة بعوض، فإذا تلفــت فإنــه لا يــستطيع استردادها؛ لاستحالة ذلك، فلا بد من ضمان قيمة الهبة؛ لأن العوض يعد مقصود الواهب من هبتــه في مثل هذه الحالة.

العبارات، والنصوص المنقولة عن الفقهاء، والتي تؤكد حق الواهب في تضمين الموهوب له في حال هلاك الهبة إذا كانت بعوض.

ورد عند الحنفية في معرض الحديث عن الهبة بعوض:" ويرجع بقيمتها إذا كانت هالكة".(2)

فالعبارة تدل على حق الواهب في تضمين الموهوب له قيمة الهبة إذا كانت هالكة، خصوصًا أنه لم يستطع استردادها في هذه الحالة، فبقي الحكم بالضمان.

أما المالكية فقد ورد عندهم:" أن الموهوب له لا يلزمهُ أن يدفع الثواب؛ لأن لــهُ أن يقــول للواهب خذ هبتك عني لا حاجة لي بها، اللهم إلا أن تفوت بيده بزيادة، أو نقص كهرم الكبير، فإنــهُ حينئذ يلزم الموهوب لهُ القيمة يوم قبض الهبة".(3)

العبارة تدل على تضمين الموهوب له قيمة الهبة في حال نقصها مما يؤدي إلــى نقــصان قيمتها، فإذا حكم على الموهوب له بالضمان في حال النقص، فإنهُ يحكم علية بالضمان فــي حــال التلف من باب أولى، وخصوصاً أن تلفها يعد أعظم خسارة من نقصانها.

ومن عبارات الشافعية في هذا الشأن:" إذا تلفت الهبة فعليه القيمة، أي: قدرها يوم قبــضها ولو مثلياً في الأصح، فلا يتعين جنس من الأموال بل الخيرة فيه للمتهب، أي: الموهوب له".(4)

والثاني : يلزمهُ ما يعد ثواباً لمثلهِ عادةً.

وقيل: أي: عند الشافعية، عليه أن يدفع لهُ إلى أن يرضى ولو بأضعاف قيمته.(5)

هذه الأقوال عند الشافعية تدل على تضمين الموهوب له قيمة الهبة لمالكها إذا تلفت، أو يدفع للواهب ما يعد ثواباً، وعوضاً في عرف الناس، أو يرضيه ولو بزيادة على قيمتها مع أن الأولى ، والأعدل أن يدفع قيمتها يوم قبضها.

---

(1)ابن عابدين، رد المحتار، ج8،ص515، الخرشي، حاشية الخرشي، ج7، ص437، الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص423، البهوتي ،كشاف القناع، ج4، ص300.
(2)ابن عابدين، رد المحتار، ج8، ص515.
(3)الخرشي، حاشية الخرشي، ج7، ص437.
(4) الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص423.
(5) المصدر السابق، ج5، ص423.

ووردت العبارة عند الحنابلة فيما يتعلق بهذه المسألة،ونصها:" فإن تلفت فقيمتها يوم التلف، وقيل يرضيه بقيمة ما وهبهُ، وهو ما يعد ثواباً لمثله عادة".(1)

تدل العبارة على تضمين الموهوب له قيمة الهبة في حال تلفها، أو يدفع له ما يعد ثوابًا لمثل تلك الهبة في المتعارف عليه بين الناس.

بعد النظر في العبارات، والنصوص الواردة عند الفقهاء بشأن تضمين الموهوب له إذا تلفت الهبة عندهُ، وكان الواهب قد وهبه بشرط العوض؛ بناءً على ذلك إذا قام شخص بتقديم جهاز حاسوب" كمبيوتر " لآخر، وشرط الواهب عوضاً معيناً بدل هبتهُ، فإذا قبض الموهوب لهُ الجهاز، واستعملهُ في الطباعة، أو غيرها من استعمالات الجهاز التي صنع من أجلها ثم تلف عنده، ففي هذه الحالة يترتب على الموهوب له ضمان قيمة الجهاز للواهب، ولا سيما إذا لم يكن دفع العوض المشروط من قبل الواهب؛ لأن مالك الجهاز قصد الحصول على العوض عند دفعه للموهوب له، فإذا تلف، ولم يحصل الواهب على العوض المقابل، فإن ذلك يعني عدم تحقق مقصود الواهب من هبته، حيث إنه في هذه الحالة لولا العوض لما وهب له الجهاز.

ويتم تضمين الموهوب له قيمة الجهاز يوم قبضه، أي: القيمة المعتبرة للجهاز يوم أن قبضهُ الموهوب لهُ؛ وذلك من أجل رد الحق لصاحبه بدون هضم، ولا ظلم.

الفرع الثالث: حكم الضمان في حال ظهور عيب في الموهوب.

من المعلوم أن العيب ينقص من قيمة الشيء؛ وبناءً على ذلك، فإن الإنسان عندما يقدم على شراء سلعةٍ ما، فإنهُ يحرص على سلامتها من العيوب التي تنقص من قيمتها، وكذلك الأمر بالنسبة للهبة إذا كانت بشرط العوض، فإن الموهوب لهُ يحرص على خلوها من العيوب التي تناقض مقصوده من الشيء الموهوب؛ وبناءً على ذلك، فإن السؤال الذي يطرح ذاته في هذا الشأن، ما الحكم في حال ظهور عيب في الشيء الموهوب؟ الإجابة على هذا السؤال ستظهر – بمشيئة الله – من خلال بحث المسألة عند الفقهاء.

اتفق الفقهاء على ثبوت الحق للموهوب له برد الموهوب في حال ظهور عيب ينقص من قيمته.(2)

---

(1)المرداوي ، الإنصاف، ج7، ص117، البهوتي، كشاف القناع، ج4،ص 300.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7، ص502، مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص333، النووي، روضة الطالبين، ج4، ص447، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص300.

هذا وقد ارتأيت أن أورد بعض العبارات الفقهية التي تؤكد الحكم المتفق عليه بين الفقهـــاء، ومنها:

وردت العبارة عند الحنفية:" والهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء، فترد بالعيب".[1]

هذه العبارة تدل على أن الهبة إذا شرط فيها العوض، فإنها تصبح بيعاً، وتطبق عليها أحكام البيع، والمبيع يرد بالعيب، فكذلك الأمر بالنسبة للهبة بعوض، إذا ظهر فيهـــا عيـــب، فإنـــهُ يحـــق للموهوب لهُ أن يردها بذلك العيب، وأن يسترد العوض الذي شرط عليه من قبل الواهب إذا كان قد دفعه له، والرد للعوض يكون في حال قيامه وعدم تلفه، أما إذا استهلك، أو تلف، ففي هـــذه الحالـــة يتوجب على الواهب ضمان العوض لصاحبه،إذا رد الموهوب بالعيب الذي ظهر فيه.

ومن عبارات المالكية، ما ورد في المدونة، ونصه:" أرأيت إن وهبت هبة للثواب، وأخـــذت العوض فأصاب الموهوب له عيباً بالهبة، ألهُ أن يرجع في عوضهِ ويرد الهبة ؟ قال: نعـــم، الهبـــة على العوض بيع من البيوع، يصنع فيها وفي العوض ما يصنع في البيع".[2]

العبارة تدل على إثبات الحق للموهوب لهُ بالرجوع على الواهب إذا اطلع على عيـــب فـــي الهبة، إذا كانت بعوض؛ لأنها في هذه الحالة تثبت لها أحكام البيع، ومنها الرد بالعيب.

أما الشافعية فقد جاءت العبارة عندهم:" ويرد الثواب بالعيب الذي ظهر فيه، ثم إن كان فـــي الذمة طالب بسليم، أو معيناً رجع إلى عين الموهوب إن كان باقياً، وإلا طالبهُ ببدله".[3]

فهذه العبارة تدل على رد الثواب بالعيب، لأنهُ لم يحصل مقصود الواهب من إقدامـــهِ علـــى الهبة مقابل العوض إذا تبين أنهُ معيب، وكذلك الأمر بالنسبة لعين الهبة إذا ظهر فيها عيـــب، فـــإن الحق يثبت للموهوب لهُ بردها، لعدم حصولهِ على المقصود من الهبة مع وجود العيب.

وكذلك ورد عند الشافعية ما يؤكد أن الهبة بعوض تصبح بيعاً؛ وبناءً على ذلك، فإنها تأخـــذ حكم البيع، ومنها الرد بالعيب.[4] وهذا يعني أن الموهوب إذا ظهر فيه عيب ينقص من قيمته ، فإنه يحق للموهوب له الرجوع بالثواب إذا كان قد دفعه للواهب .

(1) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7، ص502، ابن عابدين، رد المختار ج8، ص515.
(2) مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص333.
(3)الأنصاري، أسنى المطالب، ج5، ص585، الرافعي، الشرح الكبير، ج6، ص333.
(4) الشر بيني، مغنى المحتاج، ج2، ص548.

ووردت العبارة عند الحنابلة:" وإن شرط الواهب في الهبة عوضاً معلوماً صارت بيعاً، فتثبت أحكام البيع، كخيار المجلس، والرد بالعيب".[1]

فقد بينت من خلال عرض نصوص، وعبارات الفقهاء في مسألة ظهور عيب في الموهوب أن الموهوب لهُ يثبت لهُ الحق في رد الشيء الموهوب بسبب ظهور عيب فيه، وهذا الحق يثبت للموهوب لهُ إذا كانت الهبة بشرط العوض، حيث إن العيب يؤدي إلى نقصان قيمة الموهوب،وبالتالي فإن ذلك يعني عدم حصول مقصود الموهوب لهُ من قبوله للهبه بعوض.

وإذا رد الموهوب له الشيء الموهوب بسبب العيب، فإنهُ يسترد العوض الذي دفعهُ للواهب، ويجب على الواهب أن يستجيب لذلك، فإذا كان العوض قائماً ردهُ لصاحبه، أما إذا تلف فعليه مثلهُ إن كان لهُ مثل، وإلا فعلية قيمتهُ للموهوب له.

وبناءً على ما سبق، إذا وهب شخص لآخر آلة تصوير للورق، وشرط الواهب عوضاً مقابل هبته، وبعد أن تسلمها الموهوب له وجد بها عيباً، كأن تكون بطيئة في التصوير، أو لا تخرج الصورة بشكل واضح، ففي هذه الحالة يجوز للموهوب له أن يرد الآلة، وأن يسترد العوض إذا كان قد دفعهُ للواهب، هذا إذا كان العوض موجوداً، أما إذا استهلك أو تلف، فإن الواهب يتوجب عليه أن يضمن مثل العوض الذي استوفاه من الموهوب له إن كان له مثل، وإلا فعليه القيمة؛ وتضمينه كامل العوض إذا أراد الموهوب له رد الهبة بسبب العيب الذي ظهر فيها، وله إبقاء الهبة بحوزته على أن يضمن الواهب قيمة العيب.

---

(1)البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص300.

:

•

تعريف الوصية في اللغة والاصطلاح:

الوصية في اللغة : وَصَّى إليه ووَلَه بشيء : جَعَلَهُ له ، والوَصيَّة: ما يُوصَى به ، وَجمْعُها وَصايا[1] .

الوصية في الاصطلاح:

من خلال النظر في تعريفات الفقهاء للوصية وجدت أنهم يعرفونها بأنها: تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عيناً، أم منفعة[2].

شرح التعريف ومحترزاته:

فعلى القول: بأنه تمليك مضاف لما بعد الموت ،يخرج بذلك التمليك في الحياة، كالهبة، وكذلك تمليك منافع العارية.

وعلى القول: بأنه بطريق التبرع، يخرج بذلك التمليك بطريق المعاوضة، كالبيع، وتمليك المنافع في الإجارة.

والوصية لا تقتصر على الأعيان بل تشمل المنافع؛ لأن المنافع يصح تمليكها في حال الحياة ببدل، وبغير بدل، فكذا بعد الممات على أن تكون منفعة معينة ، ولمرة واحدة فقط .

المطلب الأول :حكم الضمان في الوصية في المسائل الآتية:

الفرع الأول : إتلاف الورثة للموصى به:

من المعلوم أن المال الموصى به تثبت ملكيته للموصى له، وذلك بعد موت الموصي؛ وبناءً على ذلك، فإنه يتوجب على الورثة أن ينفذوا الوصية بعد تجهيز الميت، وقضاء الدين عنه إذا كان عليه دين، فإذا صدر من الورثة أي تصرف من شأنه أن يؤدي إلى إتلاف الموصى به، وتلف

---

(1) إبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج2، ص 1050.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج7، ص 375، قاضي زاده، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، وهي تكملة شرح فتح القدير، ج10، ص 440، الدردير، الشرح الصغير، ج4، ص 579، الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج6، ص 65، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 336.

بالفعل، فإن هذا الفعل يعد اعتداءً على ملك الغير، ومن المعروف أن أمـــوال الآخـــرين مـــضمونة بالإتلاف.

وفي هذه المسألة سأقوم ببحث حكم إتلاف الورثة للعين الموصى بها، وهل يترتب الضمان على الورثة إذا صدر منهم هذا الفعل؟

من خلال البحث في المصنفات الفقهية توصلت – بعون الله تعالى– إلى أن الفقهاء متفقـــون على تضمين الورثة في حال اعتدائهم على العين الموصى بها، وخصوصاً أن الموصى لـــه تثبـــت ملكيته للموصى به بعد موت الموصي.

هذا وقد ارتأيت أن أورد بعض نصوص الفقهاء الدالة على تضمين الورثة في حال إتلافهم للموصى به، ومن ذلك:

ما ورد في بدائع الصنائع عند الحنفية من القول: "ولو أوصى بغلة داره لرجل، وبـــسكناها لآخر، وبرقبتها لآخر، وهي الثلث، فهدمها رجل بعد الموت غرم قيمة ما هدمه من بنائها، ثم تبنـــى مساكن كما كانت فتؤاجر، ويأخذ غلتها صاحب الغلة، ويسكنها الآخر؛ لأن الوصية بالغلة، والسكنى لا تبطل بهدم الدار لقيام القيمة مقام الدار"(1).

فهذا النص يدل على تضمين من أقدم على هدم الدار الموصى بها، سواء أكانـــت الوصـــية بالغلة، أم بالسكنى،أم بالرقبة، والحكم المذكور وإن كان متعلقاً بتضمين الأجنبي إذا أقدم على إتلاف الموصى به، أو هدمه، إلا أن ذلك لا يعني إعفاء ورثة الموصي إذا أتلفوا عين الموصـــى بـــه، أو هدموا الدار الموصى برقبتها، فإذا فعلوا ذلك، فإنهم يضمنون ما أتلفوه؛ لأن عين الموصى برقبتـــه تصبح ملكاً للموصى له بعد موت الموصي، وهم بهذا الفعل يعدون معتدين على ملك غيرهم، ومـــن المعلوم أن ملك الغير مضمون على من أقدم على إتلافه؛ من أجل جبر الضرر الذي لحق بالمالك.

أما بالنسبة للمالكية، فإنه يفهم من خلال عباراتهم، ونصوصهم الفقهية الحكم بتضمين ورثة الموصي إذا منعوا الوصية من أن تصل إلى مستحقيها، أو تلفت بفعلهم؛ وذلك لأن الموصـــى بـــه يصبح ملكاً للموصى له بموت الموصي.

ومن العبارات المنقولة عن المالكية، والتي يستفاد منها الحكم السابق، ما ورد عند الخرشي، وبعض فقهاء المالكية من القول: "وإذا أوصى بشاة من غنمه، أو بعبد من عبيده، أو بعدد من مالـــه، كأن يقول: أعطوه عشرة من غنمي، أو من عبيدي، أو من إبلي شارك الموصى له ورثـــة الميـــت

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 510.

بنسبة الجزء الذي أوصى به إلى نسبة ما أوصى فيه من غنم، أو غيرها ... وإن لم يبق يوم التنفيذ من غنم الموصي إلا ما سمى يوم الوصية، فهو، أي: الباقي للموصى لـــه يخـــتص بـــه إن حملـــه الثلث"(1).

وبناءً على ما سبق، فإن الموصي إذا كان يمتلك مجموعة من السيارات، وأوصى بـــسيارة بعينها لشخص ، وحددها الموصي، وعندما مات قام الورثة باستعمالها استعمالاً أدى إلـــى إتلافهـــا، فإنه يحكم على الورثة بالضمان لصالح الموصى له، وتضمين الورثة في هذه الحالة يكون إما بـــأن يعطوه سيارة من نوع السيارة التي تسببوا بإتلافها، أو بدفع قيمتها.

ومن عبارات الشافعية في هذه المسألة ما ورد في تحفة المحتاج، ونصها: "ولو أوصى بأحد رقيقه، فماتوا، أو قتلوا قبل موته بطلت الوصية، وإن بقي واحد تعين للوصية لصدق الاسم، فلـــيس للوارث إمساكه، ودفع قيمته مقتولاً، أما إذا قُتلوا بعد الموت قتلاً مضمَّناً فيصرف الوارث قيمة مـــن شاء منهم"(2).

النص يدل على تضمين المعتدي على الموصى به إذا أدى ذلك إلى إتلافه، والضمان يثبـــت سواء أكان المعتدي أجنبياً، أم من الورثة، فإذا أقدم شخص على إتلاف الموصى به، ولم يكن مـــن الورثة، فإنه يضمن قيمة المعتدى عليه، ومن ثم يقوم الوارث بتسليم قيمة الموصى به المتلف إلـــى الموصى له، وكذلك إذا اعتدى الورثة، أو أحدهم على عين الموصى به مما أدى إلى إتلافـــه، فإنـــه يتوجب عليهم ضمان قيمته للموصى له.

وفي الزمن الحاضر إذا أوصى صاحب محل أجهزة كهربائية بثلاجة لشخص، وبعد مـــوت الموصي قام الورثة باستعمال الثلاجة الموصى بها، وذلك بأن استعملوها لحفظ اللحوم، والخـــضار في أحد متاجرهم، ومن ثم تعرضت الثلاجة للتلف، أو ضعفت قدرتها على التبريد، ففي هذه الحالـــة يضمن الورثة قيمتها للموصى له؛ لأنهم استعملوا ما لا حق لهم به، وخالفوا أمراً صدر عن مورثهم قبل موته.

أما الحنابلة فقد ورد عندهم ما يدل على تضمين الورثة إذا أقدموا على إتلاف الموصى بـــه بعد موت الموصي(3).

---

(1) الخرشي، حاشية الخرشي، ج8، ص 485، الزر قاني، شرح الزرقاني، ج8، ص 337، الدســـوقي، حاشـــية الدسوقي، ج6، ص 512-513.
(2) الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج3، ص 85-86.
(3) ابن النجار، منتهى الإرادات، ج3، ص 444.

ومن عباراتهم: "إذا وطئ أحد الورثة الأمة الموصى بها، فعليه قيمتها للموصى له إن قبلها بعد الموت كما لو أتلفها لثبوت حق التملك فيها بموت الموصي"[1].

من خلال النظر في العبارة السابقة، والمنقولة عن فقهاء الحنابلة وجدت أنهم ذهبوا إلى تضمين الوارث إذا أقدم على إتلاف العين الموصى بها؛ لأن الوارث بفعله هذا يكون قد اعتدى على ملك غيره، ومن المعلوم أن ملك الغير مضمون في حال إتلافه.

هذا وقد ورد عند الحنابلة ما يؤكد ثبوت حق الموصى له بالمال الموصى به إذا كان معيناً، حتى ولو هلك المال الذي تركه الموصي باستثناء الموصى به، فإنه يؤول إلى ملكية الموصى له باعتباره حقاً معيناً له من قبل الموصي.

ومن العبارات الفقهية التي تؤكد الحكم السابق ما ورد في كشاف القناع: "وإن تلف المالُ كله غيرَ الموصى به إذا كان معيناً، وكان ذلك بعد موت الموصي كان للموصى له؛ لأن حقوق الورثة لم تتعلق به لتعينه للموصى له بدليل أنه يملك أخذه بدون رضاهم، فيتعين حقه فيه دون سائر ماله"[2].

العبارة المذكورة يستفاد منها أن الورثة إذا أقدموا على إتلاف الموصى به، فإنهم يضمنون ذلك لصاحب الحق، وهو الموصى له.

الفرع الثاني :الوصية بالمنافع ، وحكم الضمان في حال منعها عن الموصى له .

من خلال البحث في المصنفات الفقهية وجدت أن المنفعة تطلق ،ويراد بها سكنى الدار، أو خدمة العبد، وتطلق أيضاً على الثمر المستفاد من البستان، وغلة الأرض"[3].

وبناءً على ذلك، فإن الوصية بالمنافع تعني: أن الموصى له يثبت حقه في غلة الشيء الموصى به، والثمار الناتجة منه، وكذلك يثبت له حق الخدمة إذا كان الموصى به يستعمل للخدمة، بينما تبقى العين الموصى بمنافعها ملكاً للموصي، ومن ثم تؤول ملكيتها للورثة.

أما بالنسبة لحكم الوصية بالمنافع، فمن خلال التتبع لهذه المسألة في مظانها تمكنت – بعون الله تعالى – من التوصل إلى الآراء الآتية:

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 346– 347، المرداوي، الإنصاف، ج7، ص 265.
(2) البهوتي،، كشاف القناع، ج4، ص 377، ابن النجار، منتهى الإرادات، ج3، ص 473.
(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 460، الخرشي، حاشية الخرشي، ج8، ص 493، الرافعي، العزيز شرح الوجيز "الشرح الكبير" ج7، ص 109، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 373 .

الرأي الأول: أن الوصية بالمنافع جائزة ، وذلك عند جمهور الفقهاء[1].

الرأي الثاني : عدم جواز الوصية بالمنافع، وهذا ما ذهب إليه كل من ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأهل الظاهر [2].

الأدلة:

أدلة القائلين بصحة الوصية بالمنافع:

أولاً: أن المنافع في معنى الأموال، وبما أن الأموال يصح أن يوصى بها، فكذلك الأمر بالنسبة للمنافع[3].

ثانياً: أن المنافع يصح تمليكها في الحياة ببدل "كالإجارة"، وبغير بدل "كالإعارة"، فكذلك يجوز تمليكها بعد الممات، أي: بطريق الوصية، وذلك كالأعيان[4].

هذه وقد ورد عند الحنابلة ما يؤكد الدليل السابق، ومن ذلك: "وتجوز الوصية بالمنافع؛ لأنها كالأعيان في الملك بالعقد، والإرث، فكذلك في الوصية"[5].

أدلة أصحاب الرأي الثاني

احتج القائلون بعدم جواز الوصية بالمنافع بما يأتي:

أولاً: أن المنافع منتقلة إلى ملك الوارث؛ لأن الميت لا ملك له، فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره[6].

ثانياً: أن الوصية بالمنفعة لا تصح؛ لأنها معدومة، [7] والمعدوم لا يصح أن يكون محلاً للتمليك للغير.

مناقشة الأدلة:

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول.

ناقش القائلون بعدم جواز الوصية بالمنافع أدلة القائلين بالجواز بما يأتي:

(1) المصادر السابقة الواردة في التوثيق (3)ونفس الصفحات، ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 251.

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع ،ج6، ص457، ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 251، ابن قدامة،المغني ، ج6 ، ص59،ابن حزم ، المحلى ، ج10، 205.

(3) ابن رشد ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 251.

(4) الزيلعي، تبين الحقائق، ج7، ص 415، الرافعي، الشرح الكبير، ج7، ص 109، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 373 .

(5) ابن قدامة، الكافي، ج2، ص 348.

(6) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج6 ، ص457، ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 251،ابن حزم ، المحلى ، ج10، ص 205.

(7) ابن قدامة، المغني، ج6، ص 59.

أولاً: بالنسبة لدليلهم بأن المنافع في معنى الأموال، نوقش بان الأموال موجـودة، فتـصح الوصية بها، بينما المنافع معدومة، وذلك أنها ستحصل فيما بعد على ملك الورثة؛ وبناءً على ذلـك، فلا تصح الوصية بها. [1]

ثانياً: بالنسبة لدليلهم الذي يقضي بقياس الوصية بالمنافع على إجارة المنافع، نـوقش هـذا الدليل، بأن هذا قياس، والقياس باطل،ثم هو حجة عليهم لا لهم ؛لأن الإجارة إنما تجوز فيمـا ملـك المؤاجر رقبته ، لا فيما لا ملك له فيه ، والدار ، والعبد ، والبستان منتقلة بموت المالك لها إلى مـا أوصى فيه بكل ذلك ،أو إلى ملك الورثة ، لابد من أحدهما [2].

ونوقش هذا الدليل من وجه آخر، بأنه حجة على أصحاب الرأي الأول لا لهم؛ لأن الإجارة إنما تجوز فيما ملك المؤاجر رقبته لا فيما لا ملك له فيه، وخصوصاً أن الدار، والبستان تنتقل بموت الموصي إلى ملك الورثة، ووصية المرء في ملك غيره باطل لا تحل له، كما أن إجارته لملك غيره لا تحل، والإجارة إنما هي منافع حدثت في ملكه، والوصية هي في منافع تحدث فـي ملـك غيـر الموصي، وهذا حرام[3].

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني:

ناقش القائلون بجواز الوصية بالمنافع أدلة القائلين بعدم الجواز بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لدليلهم بأن المنافع تنتقل إلى ملك الوارث؛ لأن الميت لا ملك له، نوقش هـذا الدليل، بأن المنافع يوصى بها، كالأعيان، فكما أن الأعيان يوصى بها، وتنتقل إلى ملك الموصى به، فكذلك الأمر بالنسبة للمنافع.[4]

ثانياً: بالنسبة لدليلهم الذي يقضي بأن المنافع معدومة، نوقش بأن المنافع يصح تمليكها بعقد المعاوضة، كالإجارة، فكذلك تصح الوصية بها، وبالتالي تنفيذها بعد موت الموصي[5].

الرأي المختار:

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة الوصية بالمنافع، والأدلة التي احتج بها كل فريق ، ومن ثم مناقشتها استطيع القول بأن الراجح في المسألة هو ما ذهب إليه الجمهور مـن القـول بـصحة الوصية بالمنافع؛ وذلك لقوة الأدلة التي احتجوا بها، ووجاهتها في الدلالة على المقصود، ومن جانب

---

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج6، 457،ابن قدامة ،المغني، ج6، ص 59.
(2) ابن حزم، المحلى، ج10، ص 205.
(3) المصدر السابق، ج 10، ص 205.
(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج7، ص 415، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 373.
(5) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج4، ص252، ابن قدامة، المغني، ج6، ص 59.

آخر، فإن المنافع تعدُّ أموالاً، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لأن الأعيان إنما يحــرص عليهــا أصحابها من أجل المنافع المتحصلة منها.

وبما أن المنافع تعد أموالاً، كالأعيان، وبالتالي يصح تمليكها في الحياة ببــدل، كالإجــارة، وبغير بدل كالإعارة، فكذلك يصح تمليكها بالوصية على أن يتم تنفيذها بعد موت الموصي؛ لأن هذا هو شأن الوصية، ومن المبررات التي دعتني للقول بترجيح رأي القائلين بصحة الوصية بالمنــافع، أن الموصي قد تكون لديه الرغبة في إبقاء أعيان ماله للورثة، وبنفس الوقت هو يرغب بأن ينتفــع غير الورثة من ماله؛ رغبة في الأجر والثواب؛ وليتدارك ما فاته في الحياة الدنيا، أو قــصر بــه؛ وبناءً على ذلك تعم الفائدة للأطراف الثلاثة، الميت بما حصله من أجر وثــواب بــإذن الله تعــالى، والورثة تبقى أعيان الأموال ملكاً لهم، والموصى له ينتفع بغلة، وثمار ما أوصى له بمنافعه.وبالنسبة لانتفاع الموصى له الأصل أن يقيد بمنفعة معينة ولمرة واحدة ؛ حتى لا يتم الحجــر علــى أمــوال الورثة لصالح صاحب المنفعة .

حكم منع الورثة الموصى له من الانتفاع بالوصية:

من المعلوم أن الموصى له يملك الانتفاع بما أوصي له به، والسؤال الذي يطرح في هــذا المجال، هل يضمن الورثة في حال منعهم الموصى له من الانتفاع بما أوصي له بمنافعــه، أو فــي حال إتلافهم للعين الموصى بمنافعها؟ الإجابة على هذا السؤال تتطلب النظر في المــصادر الفقهيــة التي تناولت هذه القضية بالبحث.

من خلال البحث، والتتبع لحكم هذه المسألة استطعت التوصل – بعون الله تعالى ومشيئته – إلى أن الفقهاء ذهبوا إلى تضمين الورثة في حال منعهم الموصى له من استيفاء منافع ما أوصي له بمنافعه، وغلاته، أو إتلافهم للعين الموصى بمنافعها؛ لأنهم بفعلهم هذا يكونون قد اعتدوا على حــق غيرهم، ولاسيما أن المنافع الموصى بها يؤول أمر استيفائها إلى الموصى له بعد موت الموصي.

عبارات ونصوص الفقهاء الدالة على تضمين الورثة:

ورد عند الحنفية ما نصه: "تجوز الوصية بخدمة عبده، وسكنى داره سنين معلومة ،وتجوز بذلك أبداً ... وجاء القول عندهم: "ويكون محبوساً على ملكه في حق المنفعة حتى يمتلكها الموصى له كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف...، ومن أقوالهم: فــإن خرجــت

رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ليخدمه؛ لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة، وإن كان له مال غيره خدم الورثة يومين، والموصى له يوماً"[1].

وإذا كانت الوصية تتعلق بسكنى الدار، فإن كانت لا تخرج من الثلث، فإنه يجوز في هــذه الحالة أن تقسم ثلاثاً للانتفاع؛ لأنه يمكن القسمة بالأجزاء، وهو أعدل للتسوية بينهما زمانــاً وذاتــاً، وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً[2].

ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان جاز؛ لأن الحق لهم، ومعنــى ذلــك أن الورثــة يسكنون الدار شهرين مثلاً، والموصى له يسكن شهراً، باعتباره يملك ثلث المنافع[3].

وورد عند جمهور الحنفية أن الورثة ليس لهم أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار، وعن أبي يوسف لهم ذلك[4].

حجة جمهور الحنفية في قولهم بمنع البيع، أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الــدار بأن ظهر للميت مال آخر، وتخرج الدار من الثلث، وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده، والبيع يتضمن إبطال ذلك فمنعوا منه[5].

أما بالنسبة لأبي يوسف، فحجته في جواز البيع، أن ثلثي الدار خالصُ ملكهم، فيحــق لهــم التصرف فيه[6].

ما سبق ذكره من عبارات، وأحكام منقولة عن فقهاء الحنفية تدل بوضوح على ثبوت الملك في المنافع الموصى بها للموصى له، وبالتالي فإنه لا يجوز للورثة أن يتصرفوا بتلــك المنــافع، أو يعملوا على منع الموصى له من استيفائها، فإذا صدر ذلك منهم، فإنه يحكم علــيهم بــضمان بــدل المنافع للموصى له.

عند المالكية:

ورد عند المالكية ما يفهم منه أن الورثة إذا منعوا الموصى له من استيفاء المنافع الموصى بها، فإنه يحكم عليهم بالضمان، ومن العبارات التي يستفاد منها حكم الضمان ما يأتي:

---

(1) قاضي زادة، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، تكملة شــرح فــتح القــدير، ج10، ص518 –519، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج7، ص 415 – 416.
(2) قاضي زاده، نتائج الأفكار، ج10، ص 519.
(3) المصدر السابق، ج10، ص 519، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج 7، ص 417.
(4) المصدران السابقان، نفس الجزء، والصفحة.
(5) المصدران السابقان، نفس الجزء، والصفحة.
(6) المصدران السابقان، نفس الجزء، والصفحة.

ورد عند الخرشي ما نصه : "فإذا أوصى له بمنفعة داره سنين، والحال أن ثلثه لا يحمل ذلك كله، أي: لا يحمل قيمة رقبة الدار، فالورثة هنا بالخيار بين أن يجيزوا وصية الميت، أو يدفعوا للموصى له ثلث جميع التركة"(1).

ووردت العبارة عند المالكية فيما يخص الوصية بثمار الحوائط، ومن ذلك ما جاء في المدونة، ونصه: "قلت: أرأيت لو أن رجلاً أوصى لرجل بثمرة حائطه حياته، فمات الموصي والثلث يحمل الحائط ، فصالح الورثة الموصى له بثمرة الحائط على مال دفعوه إليه، فأخرجوه من الوصية في الثمرة؟ قال: سمعت من مالك يقول: في الرجل يُسكنُ الرجل داره حياته فيريد بعد ذلك أن يبتاع السكن منه، قال: قال مالك: لا بأس بذلك، فكذلك مسألتك، أرى لصاحب النخل أن يشتريها ولورثته؛ لأن الأصل لهم"(2).

تدل العبارات السابقة، والمنقولة عن فقهاء المذهب المالكي على أن المنافع الموصى باستيفائها تثبت ملكيتها للموصى له بعد موت الموصي، وبالتالي فإنه يتوجب على الورثة أن يسمحوا للموصى له بتحصيل المنافع الموصى بها، وهذا ما يفهم من النص الأول، والذي يقضي بتخيير الورثة بين تنفيذ وصية الميت، وبين أن يدفعوا للموصى له ثلث جميع التركة.

وكذلك الأمر بالنسبة للنص الثاني الوارد في المدونة، والذي يدل على جواز مصالحة الورثة الموصى له على ثمر الحائط الموصى به، وذلك بأن يدفعوا له مقابل الثمر على أن يتركه لهم، فهذا يدل وبكل وضوح على ثبوت ملكية الثمار للموصى له، وبالتالي لا يجوز للورثة منعه من الانتفاع بالعين الموصى بمنافعها، وذلك كأن يمنعوه من قطف الثمار الموصى بها، أو من سكن الدار الموصى بكسناها، فإذا صدر ذلك من الورثة، ولم يحصّل الموصى له حقه، فإنه يحكم على الورثة بضمان بدل المنافع.

وفي الزمن الحاضر إذا أوصى شخص بغلة سيارة لمدة سنة مثلاً، وبعد موت الموصي قام الورثة باستعمال السيارة لمصالحهم الشخصية، ولم يحصل الموصى له على شيء من غلتها، فإن الورثة يضمنون له غلة السيارة عن المدة الزمنية التي كان من الواجب عليهم أن يسلموا غلتها للموصى له؛ لأن الغلة ولمدة سنة تعتبر حقاً للموصى له.

عند الشافعية:

ورد عند الشافعية ما يدل على أن للموصى له إثبات اليد على الأعيان الموصى بمنفعتها.

(1)الخرشي، حاشية الخرشي، ج8، ص 493.

(2) مالك، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ج4، ص 311.

ومن العبارات، والنصوص الفقهية الدالة على ما سبق ،ما ورد في أسنى المطالب من القول: "للموصى له بالمنافع إثبات اليد على الأعيان الموصى له بمنافعها، وله الأكساب المعتادة من احتطاب واحتشاش، واصطياد ونحوها؛ لأنها أبدال منافعه"[1].

تدل العبارة على ثبوت الملك للموصى له في المنافع الموصى بها، وبالتالي إذا منع الورثة الموصى له من تحصيل المنافع الموصى بها، واستغلوها لصالحهم، فإنهم يضمنون بدلها للموصى له.

ومما يؤكد حق الموصى له بتضمين الورثة إذا منعوه من تحصيل منافع العين الموصى بمنافعها، أنه لو قام شخص بغصب الموصى بمنفعته، فإن الغاصب يجب عليه أن يضمن للموصى له الأجرة عن المدة التي كانت فيها العين تحت يده[2].

ومن العبارات التي صرحت بتضمين الورثة، أو أحدهم في حال منعهم الموصى له من استيفاء المنافع، أو في حال اعتدائهم على الموصى بمنفعته، من ذلك ما ورد بخصوص قتل الموصى بمنفعته إذا تم العفو عن القصاص، ومن ذلك: "ولو وجب مال بالعفو عن القصاص اشترى به مثله، أي: مثل الموصى بمنفعته، ولو كان القاتل أحدهما، أي: الوارث، أو الموصى له؛ لتكون رقبته للوارث، ومنفعته للموصى له، إذ القيمة بدل الرقبة، والمنفعة فتقوم مقامها"[3].

النص يدل على أن الموصى بمنفعته إذا كان عبداً، ومن ثم قُتل فإن القاتل يتحمل القيمة؛ من أجل أن يشترى عبد مثله؛ ليقوم مقام السابق، وحتى لو كان القاتل هو الوارث، فإنه يضمن قيمته؛ لشراء عبد مكانه؛ حتى يستوفي الموصى له المنافع التي أوصى له باستيفائها.

وبناءً على ما سبق، فإن أوصى بمنافع سيارة من سياراته، وبعد موته قام أحد الورثة باستعمالها فيما لا تستعمل له مما أدى إلى تعطلها، فإن الوارث في هذه الحالة يضمن قيمة السيارة الموصى بمنفعتها؛ لشراء سيارة مكانها؛ لتكون رقبتها للورثة، ومنفعتها للموصى له، باعتبار المنفعة حقاً له.

ولكن هب لو أن الوارث لم يشتر سيارة مكان التي تسبب في خرابها، وعطلها، ففي هذه الحالة يضمن الوارث للموصى له بدل منافع السيارة عن المدة التي حددها الموصي في الوصية.

---

(1) الأنصاري، أسنى المطالب، ج6، ص 132، الرافعي، الشرح الكبير، ج7، ص 109.
(2) الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب ومعه حاشية الشيخ أبي العباس بن أحمد الرملي ، ج6، ص 132.
(3) الأنصاري، أسنى المطالب، ج6، ص 137، الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 84 ، الرافعي، العزيز شرح الوجيز "الشرح الكبير "، ج7، ص 115.

أما الحنابلة: فقد ورد عندهم من النصوص الفقهية التي تؤكد تضمينَ الورثةِ منافعَ الشيء الموصى بمنافعه إذا أقدموا، أو أقدم أحدهم على إتلاف ما أوصي بغلته، أو منفعته.

ومن ذلك ما ورد عند الرحيباني: "وإن قتلها الوارث فقيمة منفعتها للموصى له بنفعها"(1).

يدل النص على إقدام أحد الورثة على قتل الأمة الموصى بمنفعتها، وحكم هذا الفعل أنه يجب على الوارث ضمانُ قيمة منفعة الأمة للموصى له؛ لأن الوارث بفعله هذا أدى إلى تفويت حق الموصى له بالمنافع، والتي تقررت للموصى له عند موت الموصي.

وفي الزمن الحاضر إذا أوصى شخص لآخر بمنفعة حصان من أحصنته، وذلك كأن يستخدمه الموصى له في حمل أمتعته، أو الاستفادة من الأجرة المترتبة على كرائه للغير، فإذا لم يحصل الموصى له على المنفعة المقصودة من الوصية، وكان ذلك بسبب من الورثة، أو أحدهم، كأن يستغلوا الحصان لمصالحهم الذاتية، أو يقوموا بإتلافه، فإنهم يضمنون للموصى له بدل منافع الحصان؛ لأنهم حصلوا على منافع لا حق لهم فيها، أو تسببوا في تضييع حق الغير بإتلاف ما أوصي بمنافعه.

الفرع الثالث: استحقاق الوصية

من المعلوم أن الإنسان لا يجوز له أن يتصرف فيما لا يملك، وإذا حصل ذلك، فإن تصرفه يعد باطلاً، وبالتالي يجب ردُّ الشيء إلى مالكه إن كان قائماً، أما إذا تلف، أو أُتلف، ففي هذه الحالة يثبت حكم الضمان على المتصرف في ملك غيره بالمثل إن كان الشيء له مثل، وإلا فالقيمة.

وبناءً على ذلك إذا أوصى شخص لآخر بمال، أيّاً كانت صورته، ومن ثم تبين أن الموصى به مستحق للغير، فما الحكم في هذه الحالة؟ وهل تبقى الملكية في الموصى به ثابتة للموصى له، أم أنه يجب ردّ الشيء المستحق إلى مالكه؟ وهل يثبت حكم الضمان في حال نقص، أو تلف الموصى به الذي تبين استحقاقه لغير الموصي؟ هذا ما سأبينه – بمشيئة الله تعالى – من خلال البحث لهذه المسألة في مظانها، ومصادرها الفقهية.

من خلال التتبع لمسألة استحقاق المال الموصى به في المصادر الفقهية تبين لي بأنه إذا ظهر جزء من الموصى به مستحقاً للغير، فإن الوصية تبطل في هذا الجزء، ويثبت حق الموصى له في الجزء المتبقي بعد الاستحقاق، أي: فيما لم يستحق من الموصى به.

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 375، ابن النجار، منتهي الإرادات، ج3، ص 470، الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج4 ، ص500 .

ومن العبارات، والنصوص الفقهية الدالة على ما سبق ما يأتي: ورد في المبسوط للسرخسي من الحنفية ما نصه: "ولو أوصى له بثلث غنمه ،أو إبله، أو طعامه، أو شيء مما يكال أو يوزن من صنف واحد، فاستحق الثلثان من ذلك، وله مال كثير يخرج الباقي من ثلثه فللموصى له جميع ما بقي"(1).

وورد في المدونة عند المالكية: "في الرجل يوصي بثلث غنمه فيستحق بعضها قلت: أرأيت إن قال: ثلث غنمي لفلان، وله مائة شاة، فاستحق رجل ثلثي الغنم، وبقي ثلثها، والثلث الباقي من الغنم يحمله الثلث الموصى به، أيكون هذا الثلث الباقي من الغنم جميعه للموصى له؟ قال: لا، ويكون للموصى له ثلث ما بقي"(2).

فالنص يدل على بطلان الوصية فيما استحق منها، ويثبت حق الموصى له في ثلث الباقي من المال، واستحقاقه لثلث الباقي، وليس لجميع ما بقي؛ ذلك لأن الموصي أوصى له بثلث ماله، فيثبت حقه في ثلث ما بقي.

أما الشافعية فقد ورد عندهم ما نصه: "ولو أوصى بثلث عين معينة، أو بأحد أثلاثها، فاستحق ثلثها، فالباقي وصية إن وسعه الثلث، وإلا فما وسعه منه"(3).

يدل النص بظاهره على عدم ثبوت الحق للموصى له فيما تبين استحقاقه للغير، وإنما يثبت حقه في الباقي إن وسعه الثلث، ويفهم من ذلك أن الموصى به إذا استحق بأكمله للغير، فإن الوصية تبطل؛ لأنه تبين أن الموصي أوصى بما لا يملك، وذلك لا يصح، ولا يثبت به ملك.

وبالنسبة للحنابلة، قد ورد في المغني ما نصه: "وإن أوصى له بمعين فاستحق بعضه فله ما بقي منه إن حمله الثلث، وإن وصى له بثلث عبد أو ثلث دار فاستحق الثلثان منه، فالثلث الباقي للموصى له؛ لأن الباقي كله موصى به، وقد خرج من الثلث، فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئاً معيناً"(4).

يدل النص على عدم استحقاق الموصى له للجزء الذي ظهر ملكاً لغير الموصي؛ لأن مالكَه أحقُ به، ويثبت حقُه فيما بقي من المال الموصى به بعد الاستحقاق إذا حمله الثلث.

بناءً على ما سبق من عرض للنصوص الفقهية، أجد أن الوصية تبطل في الجزء الذي يظهر مستحقاً للغير؛ لأن الإنسان لا يجوز له أن يوصي بما لا يملك.

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج 27، ص 163.
(2) مالك، المدونة الكبرى، ج4، ص 280.
(3) المرادي، صفي الدين أحمد بن عمر بن محمد، العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي والأصحاب، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1428 -2007 ، ج3، ص 15.
(4) ابن قدامة، المغني، ج6، ص 155.

والسؤال الذي يطرح ذاته في هذا المجال، هل يترتب الضمان في الصورة المبينة من خلال نصوص الفقهاء؟ للإجابة عن هذا السؤال لا بد من التفريق بين حالتين:

الأولى: استحقاق جزء من الموصى به قبل قبضه من قبل الموصى له:

يمكنني القول في هذه الحالة: أن الموصى له لا ضمان عليه في حال استحقاق جــزء مــن الوصية، وخصوصاً أن الجزء المستحق لم يصل إلى متناول يديه، فما دام أنه ظهر استحقاقه قبــل تنفيذ الوصية، فلا شيء في هذه الحالة على الموصى له، وإنما يتحمل الورثة رد الجزء المــستحق لمالكه إن كان قائماً، أما إذا هلك تحت أيديهم، فعليهم ضمانه لمالكه، وهذا الحكم يتقرر على الورثة، إذا مات المورث، وآلت أمواله إليهم.

الحالة الثانية: حكم الضمان في حال استحقاق الوصية بعد قبض الموصى له:

إذا تم تنفيذ الوصية من قبل الورثة، وبالتالي أصبح الموصى به تحت يــد الموصـــى لـــه، واستغله لصالحه الشخصي باعتباره أصبح ملكاً له، ثم تبين أن الموصى به ليس ملكاً لمن أوصـــى به، بل ظهر شخص، وأثبت أحقيته لهذا المال، ففي هذه الحالة، هل يبقى الموصى بــه تحــت يــد الموصى له لمالكه ، وبالتالي يجب على الموصى له رده ؟ وإذا وجب عليه أن يرده، فهل يترتــب عليه ضمان نقص المال الموصى به إذا نقص تحت يده، أو أن الورثة هم الذين يتحملــون ضــمان النقص الحاصل في الموصى به؟ وقد يتلف الشيء الموصى به تحت يد الموصى له، فهــل يتحمــل الموصى له الضمان، أو الورثة؟

من خلال البحث في المصادر الفقهية التي تناولت هذه القضية استطعت التوصل – بتوفيــق الله تعالى– إلى أن الموصى به إذا ظهر مستحقاً للغير، فإنه يجب رده لصاحبه إذا كان قائماً، وهــذا يعني بطلان الوصية؛ لأن الموصى له تم إقباضه مالاً ليس ملكاً للموصي.

أما إذا نقص الموصى به الذي ظهر استحقاقه للغير، أو تلف، وهو تحت يد الموصى لـــه، ففي هذه الحالة لابد من ضمان النقص الحاصل في الموصى به، أو ضمان الموصى به بكاملـــه إذا تلف، أو أتلف؛ وذلك من أجل جبر الضرر الذي لحق بالمالك.

وهنا لابد من عرض بعض النصوص التي تدل على وجوب رد الموصى بـــه إذا اســتحق للغير، وضمانه في حالة تلفه، أو ضمان نقصه، ومن ذلك:

ما ورد عند صاحب البدائع من الحنفية: "ولو أوصى لرجل بسكنى داره أو بغلتها فادعاهـــا رجل وأقام البينة أنها له، فشهد الموصى له بالغلة أو السكن أنه أقر بها للميت لم تجز شهادته؛ لأنـــه

يجر بشهادته لنفسه مغنماً؛ لأنه لو قبلت شهادته لسلمت له الوصية ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم[1].

يدل النص على وجوب رد الموصى به إذا تبين أنه مستحق للغير هذا إذا كان قائماً، أما إذا نقص بسبب الاستعمال من قبل الموصى له، أو تلف، فإنني أرى بعد النظر في نصوص الفقهاء بأن الموصى له هو الذي يتحمل ضمان النقص، أو التلف؛ وذلك لأن النقص، أو التلف إنما حصل تحت يده هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإن الموصى له هو الذي آلت إليه ثمار، وغلات الشيء الموصى به. وبالنسبة للنقص، أو التلف فقد حصل بسبب استغلاله، أو استعماله له، فيكون ضمانه مقابل ما حصَّله من منافع، وغلات الشيء المستحق. ومع أن الموصى له لا يعلم بالاستحقاق إلا أنه يضمن ؛ لأنه المستفيد من الموصى به ، وبالنسبة لصاحب المال فقد لحقه الضرر ، ولذلك فإن القول بعدم الضمان فيه إجحاف بحق المالك .

أما بالنسبة للورثة فليس من العدالة أن يحكم عليهم بالضمان؛ لأن الموصى به تم تنفيذه من قبلهم، وخصوصاً إذا لم يكونوا على علم بأن الموصى به حق للغير.

هذا وقد اكتفيت بنقل نص فقهي عند الحنفية يبين حكم المسألة المطروحة للبحث، ولم أورد نصوصاً فقهية لبقية أصحاب المذاهب؛ وذلك لأنني ارتأيت أن النصوص الفقهية التي تم ذكرها في المسألة السابقة[2]، والتي تدل على بطلان الوصية في حال استحقاق الموصى به للغير، حيث إنه يفهم منها ضمان الموصى به الذي ظهر استحقاقه، وذلك إذا تلف تحت يد الموصى له، والضمان يجب على الموصى له لمستحقه الذي أثبت ملكيته للموصى به.

وبناءً على ما سبق، إذا أوصى شخص لآخر بسيارة، وبعد موت الموصي قام الورثة بتنفيذ الوصية، وأصبحت تحت يد الموصى له، فقام باستعمالها في النقل، أو في إجارتها للغير، وبالتالي تبين أن السيارة لم تكن مملوكة للموصي، بل ظهر شخص، وأثبت ملكيته لها، ففي هذه الحالة يجب على الموصى له أن يردها لصاحبها ما دامت قائمة على حالها دون أي نقص، أو تلف، أما إذا أصيبت بالنقص، أو التلف؛ فإن الموصى له يضمن للمالك قيمة النقص، وفي حال تلفها يضمن قيمتها؛ لأن التلف حصل للسيارة وهي تحت يده.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، ص 512.
(2) مسألة استحقاق الوصية ص236 –237.

:

•

بالنسبة لتعريف الرهن فقد مر في موطن سابق من الرسالة(1).

وهذه المسألة تدور حول قيام المدين باستعارة شيء ؛ ليرهنه بدين ثبت في ذمته ، وبالنسبة للمعير فإنه يكون قد تبرع بالرهن ؛ ليكون تحت يد المرتهن، كوثيقة للوفاء بدينه إذا لم يقم المدين بالوفاء .

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد ، هل يثبت حكم الضمان في حال تلف الرهن الذي تبرع به المعير ، وإذا ثبت فمن الذي يتحمل الضمان ؟

من خلال البحث لهذه المسألة في مظانها استطعت التوصل – بعون الله تعالى – إلى أن الفقهاء اتفقوا على أن الراهن " المستعير " يضمن الرهن في حال تلفه ، أو بيعه لوفاء الدين(2) .

ومع أن الفقهاء اتفقوا على تضمين الراهن في حال تلف ما استعاره للرهن ، إلا أنهم فصلوا في كيفية الضمان ؛ولذلك ارتأيت أن أورد تلك التفصيلات ؛ من أجل أن تتضح الصورة في دراسة هذه المسألة .

ورد عند الحنفية: أن المعير إذا عين قدراً من الدين ، فلا يجوز للراهن أن يرهنه بأكثر منه ، أو بأقل ؛ وإذا خالف الراهن ما قيد به كان ضامناً ، وهنا يخير المعير " المالك " فإن شاء ضمن المستعير ، ويتم عقد الرهن بينه وبين المرتهن ؛ لأنه ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه رهن ملك نفسه ، وإن شاء ضمن المرتهن ، ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن(3) ، وهذا يعني أن الضمان يستقر في النهاية على الراهن ؛ لأنه المستفيد من الرهن المستعار من أجل أن يكون وثيقة بدينه .

وورد عند المالكية : أنه يصح رهن المستعار ، ويجوز للمرتهن بيع المرهون إذا لم يؤد الغريم ما عليه ، وفي هذه الحالة يتبع المعير المستعير بما أدى عنه من ثمن سلعة ، وفي رواية

---

(1) ص83.

(2) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج4 ، ص 149 ، الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج6 ، ص 139 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2 ، ص 172 ، ابن قدامة ، المغني ، ج4 ، ص 383 .

(3) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج4 ، ص 149 .

يتبعه بقيمة الرهن ، هذا إذا كان المرهون مما يغاب عليه ، أي : يمكن إخفاؤه ، أما إذا كان كانت العين المرهونة مما لا يغاب عليه ، فلا ضمان على المستعير ولا المرتهن عند المالكيـة ، ولكـن ذلك مشروط بعدم مخالفة المستعير لما قيده به المعير ، فإذا ثبتت مخالفته له ، فإنه يضمن مطلقـاً، سواء أقامت بينة على هلاكه ، أم لا ، وسواء أكان المستعار للرهن مما يغاب عليه أم لا[1] .

وبالنسبة للشافعية فقد ورد عندهم أن المعار للرهن على قولين : الأول أنه عاريـة مـن صاحبه للراهن . والثاني : أنه ضمان دين من المعير ، وذلك يعني أن الدين يتعلق برقبة الـشيء المستعار ؛ لأنه كما يملك أن يلزم ذمته دين غيره ، فكذلك يملك إلزام ذلك عين ماله [2].

فإذا تلف المعار بعد الرهن ، أو بيع وهو في يد المرتهن ، فلا ضمان على المرتهن ؛ لأنه أمين .

أما الراهن وهو المستعير ، فإنه يضمن على القول بأن الرهن يعتبر عارية ، أمـا علـى القول بأنه ضمان دين ، فلا يضمن ؛ لأنه لم يسقط الحق عن ذمته ، وفي حال تلفه بيد الراهن ، فإنه يضمن لأنه مستعير[3] .

وفي حال بيع المعار الذي تم رهنه ، فإن المالك يرجع على الراهن بمـا بيـع بـه ؛ لأن الراهن انتفع بالرهن في دينه ، سواء بيع بقيمته ، أم بأكثر، أم بأقل بقدر يتغابن الناس بمثله ، هـذا على القول بأن الرهن المستعار ضمان دين .

أما على القول بأنه عارية ، فإن المعير يرجع بالقيمة ، سواء أبيع بأكثر منهـا، أم بأقـل، وذلك عند أكثر الشافعية ؛ لأن العارية تضمن بها [4].

وورد عند الحنابلة أنه إذا حل الدين ؛ وقام المرتهن ببيع المستعار للرهن ؛ ليستوفي حقـه ، فإن المعير يرجع على الراهن بالضمان ، أي : يرجع بقيمة العين المستعارة ، أو مثلها إن كانـت من ذوات الأمثال ، فإذا بيعت بأقل من قيمتها رجع بالقيمة ؛ لأن العارية مضمونة ، فيضمن نقـص ثمنها ، وإن بيعت بأكثر رجع بما بيعت به[5].

---

(1)الخرشي ، حاشية الخرشي ، ج6 ، ص 139 -140، الحطاب ، مواهب الجليل ، ج6 ، ص 546 -547.
(2)الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2 ، ص 171 .
(3) المصدر السابق ، ج2 ، ص 172، حاشيتا قليوبي وعميرة ، ج 2 ، ص 422 .
(4)الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2 ، ص 172، حاشية قليوبي وعميره ج2، ص423
(5)ابن قدامة ، المغني ، ج4 ، ص 482 .

وإذا تلف الرهن ضمنه الراهن بقيمته ، سواء تلف بتفريط ، أو بغير تفريط ؛ وهذا لأن العارية مضمونة عند الحنابلة (1).

بعد بيان تفصيل الفقهاء في كيفية تضمين الراهن الذي استعار شيئاً ؛ ليكون رهناً عند الدائن وهو المرتهن الذي شغلت ذمة الراهن بدينه ، بعد هذا التفصيل لا بد من إيراد مثال؛ لتتضح الصورة في بحث هذه المسألة ، ومن ذلك :

قيام المدين " الراهن " باستعارة جهاز حاسوب ؛ من أجل أن يرهنه عند الدائن بالدين الثابت في ذمته ، ففي هذه الحالة إذا قام المرتهن ببيع الجهاز ؛ ليستوفي حقه ، فإن المعير وهو المالك له الحق في الرجوع على الراهن بقيمة الجهاز ، وتضمين المستعير دون المرتهن ؛ لأنه المستفيد من العين المستعارة، وذلك أنه جعلها وثيقة بدينه ، ويضمن الراهن الجهاز في حالة تعرضه للتلف؛ لأنه لو تم الحكم بعدم الضمان لأدى ذلك إلى امتناع كثير من الناس عن الإعارة ، ولا شك أن ذلك سيؤدي إلى وقوع بعض الناس في الضيق والحرج ، ولا سيما الأفراد الذين شغلت ذممهم بديون للغير ؛ فجاء الحكم بتضين المستعير وهو الراهن ؛ من أجل أن يستمر حبل المودة والتعاون بين أفراد المجتمع .

(1)المصدر السابق ، ج4 ، ص، 483، البهوتي ، كشاف القناع ، ج3 ، ص 323- 324 .

خاتمة البحث وتشتمل على النتائج والتوصيات :

بعد أن تم البحث بحمد الله تعالى، وفضله توصلت إلى النتائج الآتية :

1- إن الضمان يعني رد مثل الشيء الذي هلك، أو استهلك إذا كان من المثليات ، فإن لم يكن الشيء من المثليات، فإنه يضمن بالقيمة .

2- إن الأصل في التبرع أن يكون مجاناً بلا مقابل ؛ لأن المتبرع يبغي وجه الله تعالى من وراء فعله .

3- إن اليد إما أن تكون يد أمانة ، وإما أن تكون يد ضمان ، ويد الأمانة لا تضمن إلا إذا حصل منها تعد ، أو تقصير .

4- إن عقود التبرعات منها اللازم ، كالوقف ، والكفالة بالنسبة للكفيل ، ومنها غير اللازم ، كالعارية، والقرض ، والهبة ، الوصية ، والوديعة بغير أجر، والرهن اذا تبرع به غير المدين.

5- الوقف ينتقل إلى حكم ملك الله تعالى ، وهذا يعني خروجه عن ملك الواقف .

6- أن أي اعتداء على عين الوقف يعد مضموناً على المتعدي ، وبالتالي يشترى بقيمة بدل الوقف ما يقوم مقام الوقف الذي تم إتلافه .

7- إذا تصرف الناظر بالوقف تصرفاً ضاراً ، كالإنكار ، والتجهيل ، أو خلط مال الوقف بماله، فإنه يضمن ؛ لأن الأصل أن تصرفه بالوقف منوط بالمصلحة .

8- لا يجوز رهن مال الوقف، أو إعارته ، فإذا حصل ذلك فإن المتصرف يضمن في هذه الحالة .

9- الأصل في الاستدانة للوقف أن تكون بإذن القاضي ، وفي الزمن الحالي تتقدم أي مديرية من مديريات الوقف بطلب سلفة مالية من وزارة الاوقاف؛ لتغطية احتياجاتها .

10- إذا كفل شخص ديناً ثابتاً في ذمة غيره ، فإن الحق يثبت للمكفول له بمطالبة الطرفين ؛ لأن الكفيل شغلت ذمته بالدين ، أما المكفول عنه ، فإن ذمته مشغولة أصلاً .

11- يجوز كفالة العين المضمونة بنفسها ، فيردها الكفيل إن كانت موجودة ، أما إذا هلكت ، أو أتلفت ، فعليه مثلها إن كانت من المثليات ، فإن لم تكن من المثليات ، فعليه قيمتها في مثل هذه الحالة .

12- إذا مات الإنسان مفلساً ، وعليه دين ، فإنه يجوز ضمان الدين الثابت في ذمته ، ومن ثم يقوم الكفيل " الضامن " بأداء الدين لمستحقه .

13- يضمن المستعير العارية إذا تعرضت للتلف ، أو الهلاك ؛ لأن حقه يختص بالمنافع فقط ، أما العين، فعليه ردها لصاحبها .

14- لا يجوز للمستعير أن يستعمل العارية في غير ما تستعمل له ، أو أن يحملها فوق طاقتها ، فإن فعل ذلك ، فإنه يضمن ، ولا سيما إذا تعرضت عين العارية للتلف .

15- الأصل أن نفقات العارية يتحملها المستعير ما دامت محبوسة لحقه ؛ لأنه الذي يستوفى منافعها في فترة بقائها تحت يده .

16- أن الأصل في القرض أن يرد بالمثل إن كان المال المستقرض من المثليات ، أما إذا لم يكن، فإنه يضمن بالقيمة .

17- لا تجوز الزيادة المشروطة على القرض ؛ لأن ذلك يعد ربا ، وهو محرم شرعاً.

18- إذا سلط شخص صبياً على ماله بطريق القرض ، فإن الصبي لا يضمن في هذه الحالة ، وإنما يتحمل المقرض للصبي ضمان ماله ؛ لأنه الذي أهلك ماله عندما سلط غير المأذون له في التصرف على ماله .

19- الهبة تعني تمليك الشيء للغير بلا عوض ، وهذا يختص بالهبة المطلقة عن العوض .

20- إذا كانت الهبة بعوض ، واستحقت ، أو وجد بها عيب ، أو هلك العوض قبل قبضه ، فإن الطرف المتضرر يثبت له الضمان على الآخر .

21- إذا حصل أي اعتداء من الورثة على عين المال الموصى به ، فإنهم يضمنون للموصى له ؛ لأن الحق يثبت له في الموصى به، وذلك بعد موت الموصي .

22- إذا منع الورثة ، أو أحدهم الموصى له من الانتفاع بما أوصي بمنافعه ، فإن الضمان يثبت لصالح الموصى له ؛ لأن المنافع في الموصى بمنافعه يثبت الحق فيها للموصى له بعد موت الموصي .

23- الحكم بالضمان في عقود التبرعات ، ولا سيما بالنسبة للعارية ، والمال الموقوف إذا تهاون الناظر في حفظه ، وكذلك المستقرض لمال الغير ، كل ذلك يؤدي إلى استقرار التعامل بين أفراد المجتمع ، وخصوصاً في العقود التي تقوم على أساس التبرع .

24- يثبت الضمان في الوديعة إذا صدر من الوديع ما يوجب تضمينه .

25- إن عدم الحكم بالضمان في عقود التبرعات ، ولا سيما في حال التعدي ، سيؤدي إلى امتناع كثير من الناس من الإقدام على التبرع ، وبالتالي فإن ذلك سيؤدي إلى وقوع عدد من الأفراد في الضائقة والحرج ، وخصوصاً الذين يحتاجون للتبرع من الغير لقضاء حوائجهم .

التوصيات :

بعد الانتهاء من عرض النتائج- بعون الله تعالى وتوفيقه - فإنني أوصي بما يلي:

1- اهتمام الجامعات بتدريس عقود التبرعات بشكل مستقل ، وذلك بإفرادها بمواد دراسية ، وبيان وجوه الضمان ؛ لأن البعض يظن أن عقود التبرعات لا ضمان فيها ، ولا سيما أنها قائمة على مبدأ التطوع .

2- عناية جامعة العلوم الإسلامية العالمية، وبقية الجامعات بالصور المعاصرة التي تندرج تحت عقود التبرعات ، وتنفيذ ذلك بشكل عملي من خلال التدريس من قبل أساتذة متخصصين في هذا المجال ، وكذلك عن طريق استضافة الجامعة بعض الأفراد الذين يعملون في المؤسسات التي تعتني بعقود التبرعات وتطبيقها على أرض الواقع ؛ وذلك من أجل إعطاء محاضرات علمية قيمة تبرز الجانب العملي للتبرعات ؛ للخروج بعقود التبرعات من المجال النظري إلى ساحة الواقع العملي .

3- قيام هيئة متخصصة من العلماء الأجلاء بإعطاء رأي جماعي بما يخص حكم تغير قيمة النقود الورقية؛ حتى لا يبقى الأمر مثاراً للخلاف بين العلماء .

4- أن يكون هناك تنسيق بين الجامعات والأوقاف، وذلك بإطلاع الطلاب على أحوال الأموال الوقفية ، وصورها ، وكيفية إدارتها وتنميتها ، وأحكام التصرف فيها ؛ حتى يكون الطلاب على معرفة تامة بأحكام التعامل مع أموال الوقف ، وخصوصاً طلبة العلم الشرعي ؛ لأنهم أكثر من يسأل في هذا المجال ، والاطلاع المذكور يكون عن طريق زيارة الطلاب لمديرية الأوقاف الموجودة في منطقتهم .

5- قيام أحد علماء الشريعة بإجراء لقاءات مع ثلة من العلماء عن طريق برنامج تلفزيوني في إحدى الفضائيات تحت عنوان " أحكام عقود التبرعات " ؛ لتفصيل أحكام التبرعات بشكل يوصل صورة تلك الأحكام للجميع للمتخصص ، ولغيره .

المــــراجــــع

المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

1. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، طهران – المكتبة العلمية، ط2، 1392ه-1972م.
2. الأبياري، محمد زيد، والسنجلفي، محمد سلامة، شرح مرشد الحيران، بغداد، مطبعة دار المعارف، ط2، 1375هـ – 1955م.
3. الأشقر، محمد سليمان، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ربط الحقوق والالتزامات بمستوى الأسعار، عمان – الأردن، دار النفائس، ط1، 1418هـ – 1998م.
4. الأنصاري، القاضي أبي يحيى زكريا الشافعي، ت: 926هـ، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ضبطه محمد محمد تامر ، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1422هـ – 2001م.
5. البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل بن بردزبه، ت:256هـ، صحيح البخاري، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط2، 1423هـ –2002م.
6. البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، ت730هـ، كشف الأسرارعن أصول فخر الإسلام البزدوي، ضبط: محمد المعتصم بالله البغدادي، بيروت – لبنان، دار الكتاب العربي، ط3، 1417هـ – 1997م.
7. البخيت، محمود عبدالله سليم، فسخ العقد وآثاره في الشريعة الإسلامية والقانون، المكتبة الوطنية.
8. البعلي، عبد الحميد محمود، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، عمان – الأردن، مؤسسة الشرق للعلاقات العامة والنشر والترجمة، ط1، 1985م.
9. البغدادي، أبو محمد بن غانم بن محمد، ت1030هـ، مجمع الضمانات، تحقيق: محمد أحمد سراج، علي جمعه محمد، القاهرة، دار السلام، ط1، 1420هـ – 1999م.
10. البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن الفراء، ت:516هـ، التهذيب، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي محمد معوض، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ – 1997م.

11. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، ت 1051هـ، الروض المربع شرح زاد المستقنع، تحقيق: محمد نزار تميم، هيثم تميم، بيروت – لبنان، دار الأرقم.

12. ____________، كشاف القناع، بيروت – لبنان، عالم الكتب، 1403هـ – 1983م.

13. ____________، شرح منتهى الإرادات، بيروت – لبنان، دار عالم الكتب،ط2، 1416هـ – 1996م.

14. البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، ت:458هـ، السنن الكبرى، ضبط متنه أبو عبدالله عبدالسلام بن محمد علوش، الرياض – المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، ط1، 1425هـ – 2004م.

15. الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، ت: 279هـ، سنن الترمذي، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، دار الفكر، ط3، 1398هـ – 1978م.

16. ____________، جامع الترمذي،عناية: بيت الأفكار الدولية، 1994م.

17. التفتازاني، سعد الدين بن مسعود بن عمر، ت: 792هـ، شرح التلويح على التوضيح، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط، 1416هـ – 1996م.

18. ابن تيمية، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم، بن عبد السلام، ت: 728هـ، مجموع فتاوي ابن تيمية، جمع وترتيب:عبد الرحمن بن محمد بن القاسم، الحنبلي، الرياض، دار عالم الكتب، 1412هـ – 1991م.

19. ____________،نظرية العقد، بيروت – لبنان، دار المعرفة.

20. ابن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد، ت:741ه: القوانين الفقهية، بيروت – لبنان، دار القلم.

21. الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، ت:370هـ، أحكام القرآن، خرج آياته عبد السلام محمد شاهين، بيروت – لبنان دار الكتب العلمية، ط2، 1424هـ – 2003م.

22. الحاج، أحمد أسعد محمود، نظرية القرض في الفقه الإسلامي، عمان – دار النفائس، ط1، 1428هـ – 2008م.

23. الحاكم، أبو عبدالله محمد بن عبدالله النيسابوري، ت: 405هـ، المستدرك على الصحيحين، تحقيق محمود مطرجي، بيروت – لبنان، دار الفكر، ط1422هـ – 2002م.

24. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، ت: 456هـ، المحلى، تحقيق: أحمد شاكر، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث، ط1، 1418هـ – 1997م.
25. الحصكفي، محمد بن علي بن محمد بن عبدالرحمن، ت: 1088هـ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم إبراهيم ، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1423هـ – 2002م.
26. الحطاب، أبو عبدالله محمد بن عبدالرحمن، ت: 954هت، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، خرج آياته: زكريا عميرات، المملكة العربية السعودية، دار عالم الكتب، ط خاصة، 1423هـ – 2003م.
27. حماد، نزيه، تغيرات النقود والأحكام، المتعلقة بها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 3
28. ___________،قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، بحث، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، دمشق، دار القلم، ط1، 1421هـ – 2001م.
29. الحموي، أبو العباس أحمد بن محمد، ت:1098هـ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1405هـ – 1985م.
30. ابن الحنائي، علاء الدين بن عبد القادر الحميدي، ت: 979هـ، طبقات الحنفية، اعتنى به سفيان عايش بن أحمد، فراس بن خليل مشعل، عمان – الأردن، دار ابن الجوزي، ط1، 1425هـ.
31. الخرشي، محمد بن عبدالله، ت:1101هـ، حاشية الخرشي، ضبطه: زكريا عميرات بيروت – لبنان، دار الكتب العليمة، ط1، 1417هـ – 1997م.
32. الخصاف، أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني، ت: 261 هـ، أحكام الأوقاف مطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية، ط1، 1322هـ – 1904م.
33. الدار قطي، علي بن عمر، ت: 385ه ، سنن الدار قطني، ، تحقيق: عبدالله هاشم، القاهرة، دار المحاسن للطباعة، 1386هـ – 1966هـ.
34. داما أفندي، عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، المطبعة العثمانية، 1305هـ.

35. أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، ت:275هـ، سنن أبي داوود، ضبط أحاديثه: محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية.
36. الدردير، أبو االبركات أحمد بن محمد بن أحمد، 1201هـ، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، أخرجه ونسقه، مصطفى وصفي، القاهرة، دار المعارف.
37. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفه، ت: 1230هـ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، خرج آياته: محمد عبدالله شاهين، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1417هـ – 1996م.
38. الذهبي، أبو عبدالله شمس الدين، ت: 748هـ، تذكرة الحفاظ، دار إحياء التراث العربي.
39. الرافعي، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، ت: 623هـ، العزيز شرح الوجيز،" الشرح الكبير"، تحقيق علي معوض، وعادل عبد الموجود، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1417هـ – 1997م.
40. ابن رجب، أبو الفرج عبدالرحمن، ت795هـ، القواعد في الفقه الإسلامي، راجعه: طه عبد الرؤوف سعد، بيروت – لبنان، دار الجيل، ط2، 1408هـ – 1998م.
41. الرحيباني، مصطفى بن سعد السيوطي، ت: 1423هـ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، دمشق، منشورات المكتب الإسلامي.
42. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، ت: 520هـ، المقدمات الممهدات، خرج آياته وأحاديثه: زكريا عميرات، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1423هـ– 2002م.
43. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، ت 595هـ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر للطباعة والنشر.
44. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة " الشافعي الصغير"، ت: 1004هـ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت – لبنان، دار الفكر، 1404هـ – 1984م.
45. الرهوني، محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف، ت:1230هـ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، بيروت – دار الفكر، ط1، 1398هـ – 1978م.

46. الروكي، محمد، القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، الإمارات العربية المتحدة – دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية، ط1، 1424هـ – 2003م.
47. الزبيدي، محمد مرتضى بن محمد الحسيني، ت: 1205هـ، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد المنعم إبراهيم،وكريم سيد محمود، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1428هـ – 2007م.
48. الزحيلي، وهبه، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط3، 1409هـ – 1989م.
49. ____________، نظرية الضرورة الشرعية، بيروت– مؤسسة الرسالة، ط3، 1402هـ – 1982م.
50. ____________، نظرية الضمان، بيروت – لبنان، دار الفكر، ط1، 1418هـ – 1998م.
51. الزرقا، أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية، تنسيق ومراجعة: عبد الستار أبو غدة، دمشق– دار القلم، ط2، 1409هـ – 1989م.
52. ____________،المدخل الفقهي العام، دمشق، مطابع الأديب، ط9، 1967–1968م.
53. ____________،المدخل الفقهي العام، دمشق، مكتبة طربين، ط10، 1387هـ، 1968م.
54. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد، ت 1099هـ، شرح الزرقاني على مختصر سيد خليل، ضبطه عبد السلام محمد أمين، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1422هـ – 2002م.
55. الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله، ت794هـ، المنثور في القواعد، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط1، 1421هـ – 2000م.
56. الزركلي، خير الدين، الأعلام، بيروت – لبنان، دار العلم للملايين، ط6، 1984م.
57. الزيلعي، جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف، ت:762هـ، نصب الراية تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: أحمد شمس الدين، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ – 1996م.

58. الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، ت:743هـ، تبيين الحقائق، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1420هـ – 2000م.
59. السالوس، علي أحمد، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، بحث: أثر تغير قيمة النقود في الحقوق والالتزامات: الدوحة، قطر، دار الثقافة، ط1، 1416هـ – 1996م.
60. السبهاني، عبد الجبار، وجهة نظر في تغير قيمة النقود، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، مجلد 11، المملكة العربية السعودية، جامعة الملك عبد العزيزي جدة، 1419هـ، 1999م.
61. سراج، محمد ، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998م.
62. ________، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار الثقافة، ط1، 1410هـ – 1990م.
63. السرخسي، شمس الدين، المبسوط ، بيروت – لبنان، دار المعرفة، ط3، 1406هـ – 1986م.
64. السلمي، أبو محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام، ت: 660هـ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه، طه عبد الرؤوف سعد، بيروت – لبنان، دارالجيل، ط2، 1400هـ – 1980م.
65. السنهوري، عبد الرزاق،ت: 1971م، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط1.
66. ________، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث العربي.
67. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، ت: 911هـ، الأشباه والنظائر، تحقيق محمد المعتصم بالله البغدادي، بيروت – دار الكتاب العربي، ط1، 1407هـ – 1987م.
68. ________، طبقات الحفاظ، بيروت – لبنان، المكتبة العلمية، ط1، 1403هـ – 1983م.

69. الشافعي، محمد بن إدريس، ت: 204هـ، الأم، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، المنصورة، دار الوفاء، ط1، 1422هـ، 2001م.
70. ____________،الرسالة، مراجعة: عبد الصبور شاهين، القاهرة، مركز الأهرام للترجمة، ط1، 1408هـ - 1988م.
71. الشافعي، أحمد محمود، الملكية والعقد في الفقه الإسلامي، 1415هـ - 1995م.
72. الشربيني، محمد الخطيب، ت: 977هـ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، أشراف: صدقي محمد جميل العطار، بيروت - لبنان، دار الفكر، ط1، 1419هـ - 1998م.
73. شعبان، زكي الدين، أصول الفقه الإسلامي، دار نافع للطباعة والنشر.
74. شلبي، محمد مصطفى، أحكام الوصايا والأوقاف، بيروت - لبنان، الدار الجامعية، ط4، 1402هـ - 1982م.
75. ____________، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، بيروت - لبنان، دار النهضة العربية، ط 1403هـ - 1983م.
76. الشنقيطي، أحمد بن أحمد المختار، مواهب الجليل من أدلة خليل، راجعه عبدالله إبراهيم الأنصاري، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 2004م.
77. الشوكاني، محمد بن علي، ت: 1250هـ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1405هـ - 1985م.
78. ____________، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تحقيق: أنور الباز، المنصورة، دار الوفاء، ط2، 1423هـ - 2003م.
79. الشيخ نظام، الهمام،وجماعة من علماء الهند الأعلام ، الفتاوي الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ضبطه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1421هـ - 2000م.
80. الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، ت: 476هـ، طبقات الفقهاء، تحقيق: إحسان عبد القدوس، بيروت – لبنان، دار الرائد العربي، 1970م.

81. ــــــــــــــــ، المهذب، ضبطه: زكريا عميرات، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ – 1995م.

82. الصاوي، أحمد بن محمد، ت:1241هـ، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، بيروت – لبنان، دارا لكتب العلمية، ط1، 1415–1995م.

83. صدر الشريعة، عبيدالله بن مسعود، ت: 747هـ، مختصر الوقاية مع شرحه اختصار الرواية، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1426هـ – 2005م.

84. الصفدي، صلاح الدين خليل بن أيبك ، الوافي بالوفيات بيروت، دار صادر، ط2، 1402هـ – 1982م.

85. الصنعاني، محمد بن اسماعيل الأمير، ت: 1182هـ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، تحقيق فواز أحمد زمرلي، إبراهيم محمد الجمل، بيروت – لبنان، دار الكتاب العربي، ط12، 1420هـ – 1999م.

86. الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام، ت: 211هـ، المصنف، تحقيق أيمن نصر الدين الأزهري، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1421 – 2000م.

87. الضرير، نور الدين أبي طالب عبدالرحمن بن عمر بن أبي القاسم بن علي بن عثمان ت: 684هـ، الواضح في شرح مختصر الخرقي، تحقيق: عبد الملك دهيش، بيروت – لبنان، دار خضر، ط1، 1421هـ– 2000 م .

88. الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، ت: 310هـ، جامع البيان من تأويل القرآن، تخريج: صدقي جميل العطار، بيروت – لبنان، دار الفكر، ط1، 1415هـ – 1995م.

89. الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، ت: 321هـ، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط2، 1407هـ – 1987م.

90. الطرابلسي، برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر، الإسعاف في أحكام الأوقاف، مكة المكرمة – مكتبة الطالب الجامعي.

91. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز، ت: 1252هـ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، ط2، 1386هـ – 1966م.

92. ابن عاشور، محمد الطاهر، التحرير والتنوير "تفسير ابن عاشور"، بيروت – لبنان، مؤسسة التاريخ العربي، ط1، 1420هـ – 2000م.
93. ابن عبد البر، يوسف بن عبدالله، ت: 463هـ، الاستذكار، تحقيق حسان عبد المنان، محمود القيسيه، أبو ظبي، مؤسسة النداء، ط4، 1423 – 2003م.
94. عبد الحفيظ، هايل، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، القاهرة، المعهد العالي للفكر الإسلامي، ط1، 1418هـ – 1999م.
95. أبو عبيد، القاسم بن سلام ،الأموال، تحقيق: محمد خليل هراس، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1406هـ – 1986م.
96. العسقلاني، ابن حجر، ت: 852هـ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الرياض، مكتبة دار السلام، ط3، 1421–2000م.
97. ـــــــــــ، النكت على كتاب ابن الصلاح، تحقيق: محمد فارس، مسعود عبد الحميد السعدني، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1404هـ – 1984م.
98. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، بيروت – لبنان، مكتبة النهضة.
99. عليش، محمد بن أحمد بن محمد، ت: 1299هـ، منح الجليل شرح على مختصر خليل، ضبطه عبد الجليل عبد السلام، بيروت – لبنان، المكتبة العلمية، ط1، 1424هـ – 2003م.
100. العمادي، أبو السعود محمد بن محمد بن مصطفى الحنفي، ت:982هـ، تفسير أبي السعود، "إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم"،وضع حواشيه:عبد اللطيف عبد الرحمن، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط ، 1419هـ – 1999م.
101. فراج، أحمد، المدخل للفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002م.
102. الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، ت:817ه، القاموس المحيط، بيروت – دار الجيل.
103. فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، الكويت، مكتبة دار التراث، ط1، 1403هـ – 1983م.

104. قاضي زاده، شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، تكملة شرح فتح القدير، خرج آياته: عبد الرزاق غالب المهدي، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1424هـ – 2003م.

105. القاضي، عياض، أبو الفضل عياض بن موسى السبتي، ت: 544هـ، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، دار مكتبة الحياة.

106. قدامة، أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد، ت 620هـ، الكافي، تحقيق: محمد حسن الشافعي، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1421هـ – 2001م.

107. ــــــــــــــ، المغني، الرياض، مكتبة الرياض.

108. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، ت: 684هـ، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، بيروت – دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994م.

109. القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري، ت 671هـ، الجامع لأحكام القرآن، خرج آياته: الشيخ عرفات العشا، بيروت – لبنان، دار الفكر، ط1، 1419هـ – 1998م.

110. قلعة جي، محمد رواس، الموسوعة الفقهية الميسرة، عمان، دار النفائس، ط1، 1421هـ – 2000م.

111. قليوبي، شهاب الدين أحمد بن سلامة، ت 1069هـ، وعميرة، شهاب الدين أحمد البرتسي، ت:957هـ، حاشية قليوبي وعميرة، ضبطه عبداللطيف عبد الرحمن، بيروت لبنان ، دار الكتب العلمية، ط1، 1417هـ –1997م.

112. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، ت: 587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: محمد عدنان درويش، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط3، 1421هـ – 2000م.

113. الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ – 1995م.

114. اللكنوني، محمد عبد الحي، ت:1304هـ الفوائد البهية في تراجم الحنفية، اعتنى به أحمد الزعبي، بيروت – لبنان، دار الأرقم بن أبي الأرقم، ط1، 1418هـ – 1998م.

115. ابن ماجه، أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني، ت: 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط: بدون.

116. ابن مازة، أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز البخاري، ت 616هـ المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم الجندي، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية – ط1، 1424هـ – 2004م.

117. مالك، مالك بن أنس الأصبحي، ت 179هـ، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون، بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم.

118. ـــــــــــــ، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، أبو ظبي دولة الإمارات العربية المتحدة، مؤسسة زايد بن سلطان للأعمال الخيرية والإنسانية، ط1، 1425هـ – 2004م.

119. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، ت:450هـ، الحاوي الكبير، تحقيق، علي محمد معوض، عادل عبد الموجود، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ = 1994م.

120. مجلة الأحكام العدلية، عمان – الأردن، مكتبة دار الثقافة، ط1، 1999م.

121. مجمع الفقه الإسلامي، الكويت، الدورة الخامسة، من 1–6 جمادي الأول 1409هـ، 10–15 كانون الأول 1988م.

122. محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، دار الآفاق العربية، ط، 1424هـ – 2003م.

123. المرادي، صفي الدين أحمد بن عمر بن محمد، ت: 930هـ، العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي والأصحاب، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1428هـ – 2007م.

124. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، ت885هـ، الإنصاف، تحقيق: محمد حامد الفقهي، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1376 – 1957م.

125. المرغيناني، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالجليل، ت593هـ، الهداية شرح بداية المبتدى، المكتبة الإسلامية.

126. مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، ت: 261هـ، صحيح مسلم، بيروت – لبنان، دار ابن حزم، ط1، 1416هـ – 1995م.
127. المطيعي، محمد نجيب، تكملة المجموع، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1415هـ – 1995م.
128. ابن مفلح، برهان الدين أبي إسحاق إبراهيم بن محمد، ت 884، المبدع شرح المقنع، الرياض، دار عالم الكتب، 1423هـ – 2003م.
129. المقدسي،شمس الدين محمد بن مفلح، ت 763هـ، الفروع، تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي، بيروت – لبنان، الرسالة، ط1، 1424هـ – 2003م.
130. ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، ت: 711هـ، لسان العرب، بيروت – لبنان، دار صادر، ط1، 1412هـ – 1992م.
131. منلا خسرو، ، محمد بن فراموز، درر الحكام شرح غرر الأحكام.
132. المنيع، عبدالله بن سليمان، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، حكم ربط الحقوق والالتزامات بالأسعار، بيروت – لبنان، المكتب الإسلامي ط1، 1416هـ – 1996م
133. ــــــــــــــ، موقف الشريعة الإسلامية من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار، مجلة البحوث الإسلامية العدد 22، 1408هـ.
134. الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي، الكفالة، المملكة العربية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
135. الموصلي، عبدالله بن محمود، ، الاختيار لتعليل المختار، بيروت– لبنان، دار المعرفة.
136. ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي، ت: 972هـ، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، تحقيق: عبدالله بن عبد المحسن التركي، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة، ط1، 1419هـ – 1999م.
137. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، ت 970هـ، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دمشق، دارالفكر، ط1، 1403هـ – 1983م.
138. ــــــــــــــ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبطه: زكريا عميرات، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ – 1997م.

139. الندوي، علي بن أحمد، القواعد الفقهية، دمشق، دار القلم، ط2، 1412هـ - 1991م.

140. ـــــــــــــــ، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، الرياض، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، ط1، 1419هـ - 1999م.

141. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي، ت: 303هـ، سنن النسائي، تحقيق: عناية عبد الفتاح أبو غدة ، بيروت – لبنان، دار البشائر الإسلامية ، ط2، 1406هـ - 1986م.

142. النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، ت: 676هـ، روضة الطالبين، تحقيق علي معوض، عادل عبد الموجود، السعودية، دار عالم الكتب، ط خاصة، 1423هـ - 2003م.

143. ـــــــــــــــ، شرح صحيح مسلم، بيروت – لبنان، دار المعرفة، ط5، 1419هـ - 1998م.

144. ـــــــــــــــ، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، بيروت – لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط1.

145. ـــــــــــــــ، منهاج الطالبين، تحقيق: أحمد عبد العزيز الحداد، بيروت – لبنان، دار البشائر الإسلامية، ط2، 1426هـ -2005م.

146. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، ت: 861ه، شرح فتح القدير، علق عليه: عبد الرزاق غالب المهدي، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1424هـ - 2003م.

147. الهيتمي، أبو العباس أحمد بن محمد بن حجر، ت: 974ه، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ضبطه: عبدالله محمود عمر، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1426هـ - 2005م.

148. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية، ، الكويت، مطبعة ذات السلاسل، ط2، 1407هـ - 1987م.

149. الوقف في الشريعة الإسلامية، طرابلس، لبنان ، منشورات المكتبة الحديثة.

150. الونشريسي، أحمد بن يحيى، ت: 914هـ، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والاندلس والمغرب، خرجه: محمد حجي، بيروت- لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1401هـ - 1981م.

الـــــفـــهـــارس

فهرس الآيات

الرقم	الآية	رقم الآية	رقم الصفحة
	سورة البقرة		
1	فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ	194	وَأَقْبَلُواْ قَالُواْ
2	وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ	188	مَّاذَا صُوَاعَ قَالُواْ
3	وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ	279	﴿٧٠﴾ نَفْقِدُ قَالُواْ
	سورة المائدة		
4	يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ	1	تَفْقِدُونَ وَأَقْبَلُواْ، وَأَقْبَلُواْ صُوَاعَ قَالُواْ
5	وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ	6	وَأَقْبَلُواْ عَلَيْهِم
	سورة الأنعام		
6	وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ	152	تَفْقِدُونَ نَفْقِدُ قَالُواْ
	سورة التوبة		
7	مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ	91	مَّاذَا عَلَيْهِم قَالُواْ
	سورة يوسف		
8	قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾	72	صُوَاعَ ، قَالُواْ صُوَاعَ ، قَالُواْ ﴿٧٠﴾ قَالُواْ
9	قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُۥ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ	66	قَالُواْ ﴿٧٠﴾ قَالُواْ
10	قَالَ مَعَاذَ ٱللَّهِ أَن نَّأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَٰعَنَا عِندَهُۥٓ إِنَّآ إِذًا لَّظَٰلِمُونَ	79	وَأَقْبَلُواْ ﴿٧٠﴾ قَالُواْ
	سورة ص		
11	أُوْلِي ٱلْأَيْدِي وَٱلْأَبْصَٰرِ	45	قَالُواْ عَلَيْهِم

فهرس الأحاديث

فهرس الآثار

فهرس الألفاظ والمصطلحات

فهرس الأعلام

الرقم	اسم الأعلام	الصفحة
.1	الجصاص	12
.2	الباجي	16
.3	القاضي شريح	54
.4	الفقيه أبو جعفر	88
.5	ابن شبرمة	114
.6	أبو ثور	114
.7	ابن أبي ليلى	114
.8	أبو قتادة	115

Abstract

Al-Humood, Qasim Mohammad Hazm. "*Warranty in Contracts of the Liberality in the Islamic Jurisprudence*" - A Comparative Study. The Islamic University. Jordan. Supervisor: Prof. Ghedan, Yussuf Ali. 2010.

In chapter one, the researcher explicated in details the reality and the nature of warranty in the Islamic jurisprudence. In addition, he explained the definition of warranty, its conditions and components. Moreover, he clarified how the person in some contracts can be either a guarantor or a repository. Finally, he illustrated the conditions, judges and attributes of these contracts.

In the second chapter, the researcher discussed in details the obligatory contracts of endowment, guaranty and Al-Darak. The researcher explained in details the judges of the contact of endowment and its different ways. He also explicated the opinions of many scientists showing the right judge of every issue using a comparative study.

In the third chapter, the researcher talked about the warranty of the liberality contracts such as the contract of loan for use and its judges of warranty. He also explained if the debtor can lend or hire this loan of use or not. He also explained the judge of its expense. In addition, he talked about the warranty of the contract of the loan explaining if the debtor has to repay the same loan to its creditor or its deserved value. Moreover, he explicated the

cases of warranty of the bank-note when its value changes through the time. Besides, the researcher mentioned the liberality contract of grant or gift explicating the opinions of many scientists showing the right judge of every issue using a comparative study.

Finally, the researcher talked about the warranty of the contract of testament. He discussed the case when the inheritors violate the will of the testator by taking the heritage or preventing the legatee from getting the legacy. The study concluded with some more related findings and recommendations.